

Forschungs- und Entwicklungsverträge

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

FRITZ EDUARD STOERI
von Wädenswil und Hätzingen GL

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

1980

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507208_0011

Forschungs- und Entwicklungsverträge

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
FRITZ EDUARD STOERI
von Wädenswil und Hätzingen GL

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Februar 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischen Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 43 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser



Meinen lieben Eltern

Angeregt hat diese Arbeit Dr. iur. Ernst Schneeberger, der während Jahren massgeblich die Gestaltung der Forschungs- und Entwicklungsverträge des Bundes mitbestimmt hat. Von ihm habe ich auch viele wertvolle Hinweise erhalten, für die ich ihm bestens danke.

Der Industrie und den Verbänden verdanke ich den bereitwillig gewährten Einblick in zahlreiche Verträge.

Besonderer Dank gebührt meiner Mutter für die sorgfältige Erledigung der Schreibarbeiten. Mit Ihrem unermüdlichen Einsatz hat sie viel zum zügigen Abschluss dieser Arbeit beigetragen.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungen	XIII
Literaturverzeichnis	XVI
EINLEITUNG	1
ERSTER ABSCHNITT: WIRTSCHAFTLICHE UND TECHNISCHE GRUNDLAGEN	
§ 1	VON FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG
	IM ALLGEMEINEN 6
I	Begriff und Arten 6
	A. Begriff 6
	B. Arten 10
II	Unsicherheit und Risiko 14
	A. Die Unsicherheit über das Erreichen des angestrebten Zieles 15
	B. Die Unsicherheit über die Kosten 16
	C. Die Unsicherheit über die Zeit 17
	D. Risiko 18
III	Messung der FuE-Leistung 19
§ 2	VERTRAGS - FuE IM BESONDERN 21
I	Terminologie 21
II	Funktionen des FuE-Vertrags 22
	A. Wirtschaftliche Funktion 22
	a. FuE-Vertrag als Mittel staatlicher FuE-Förderung 22

b. FuE-Vertrag als Mittel zur Gewinnung neuer Erkenntnisse in branchenfremden Fachbereichen	26
c. FuE-Vertrag als Mittel zur Kapazitätserweiterung	27
d. FuE-Vertrag als Mittel zur Diversifikation	29
e. FuE-Vertrag als Mittel zur Risikoverminderung	30
f. FuE-Vertrag als Mittel zur Risikoverteilung	32
g. FuE-Vertrag als Mittel zur Steigerung und Kontrolle der Effizienz	33
B. Andere Funktionen	36
III Reale Erscheinungsformen	27
A. FuE-Projektvertrag	38
B. FuE-Projektunterstützungsvertrag	40
C. FuE-Vertrag auf Zeit	42
D. FuE-Beratungsvertrag	44
E. FuE-Partnerschaftsvertrag	46
F. Sonderfälle	49
a. Bestimmungen betreffend FuE in einem Beschaffungsvertrag	49
b. Weitervergabe von FuE-Arbeiten	50
IV Vergleich der FuE-Verträge mit verwandten Verträgen	51
A. Verträge mit ähnlicher Funktion	52
a. Know-How-Verträge	53
b. Programmlizenzvertrag	55
c. Patentlizenzvertrag	56
B. Verträge mit ähnlichem Vertragsgegenstand	56
a. Projektierungsvertrag	57
b. Ingenieur- oder Engineeringvertrag	58

ZWEITER ABSCHNITT: REALIEN

§ 3	ZWEI PRAKTISCH VERWENDETE FuE-VERTRAGSMUSTER	60
I	FuE-Beratungsvertrag	60
II	FuE-Partnerschaftsvertrag	71
§ 4	EIN BEISPIEL ALLGEMEINER VERTRAGSBEDINGUNGEN FUER FuE-VERTRAEGE	77

DRITTER ABSCHNITT:	RECHTLICHE EINORDNUNG DER FuE- VERTRAEGE UND BESONDERHEITEN DER ANWENDUNG ALLGEMEINER NORMEN DES OR AUF FuE-VERTRAEGE	106
--------------------	--	-----

§ 5	RECHTSNATUR DER FuE-VERTRAEGE	106
I	FuE-Vertrag als Nominatkontrakt	108
	A. FuE-Vertrag als Auftrag	108
	B. FuE-Vertrag als Werkvertrag	117
	C. FuE-Vertrag als Schenkung	120
	D. FuE-Vertrag als einfacher Gesellschaftsvertrag	121
II	FuE-Vertrag als Innominatkontrakt	128
	A. Lizenzrechtliche Elemente in FuE-Verträgen	130
	B. Mietrechtliche Elemente in FuE-Verträgen	135
	C. Elemente der Gebrauchsleihe in FuE-Verträgen	136
	D. Kaufrechtliche Elemente in FuE-Verträgen	136
	E. FuE-Vertrag als gesellschafts- ähnlicher Vertrag	138

III	FuE-Vertrag als Dauervertrag	141
§ 6	BESONDERHEITEN DER ANWENDUNG ALLGEMEINER BESTIMMUNGEN DES OR AUF FuE-VERTRÄGE	143
I	Form der FuE-Verträge	143
II	Unmöglichkeit und deren Folgen	145
	A. Unmöglichkeitliche FuE-Leistungen	145
	B. Unmöglichkeitlicher FuE-Vertragsteil	150
	C. Nichtigkeitsfolgen	154
	D. Garantieklausel in FuE-Verträgen	158
III	Besonderheiten im vorvertraglichen Verhältnis	160
	A. Blosser geschäftlicher Kontakt	161
	B. Vertragsverhandlungsverhältnis	164
	C. Vereinbarung über vertragliche Information	170
VIERTER ABSCHNITT:	INHALT DER FuE-VERTRÄGE	171
§ 7	PFLICHTEN DES FuE-NEHMERS	171
I	Hauptpflichten des FuE-Nehmers	172
	A. Grundleistung	172
	a. Haftung	172
	aa. Regel: Haftung nur für sorgfältiges Arbeiten	172
	bb. Ausnahme: Haftung für Erfolg	174
	b. Persönliche Ausführung	175
	c. Haftung für Subunternehmer	176

B.	Zusatzleistungen	177
a.	Verschaffen eines Wettbewerbs- vorteils	177
b.	Lizenzvergabe	179
c.	Bau von Prototypen	179
II	Nebenpflichten des FuE-Nehmers	180
A.	Vertragliche	180
a.	Veröffentlichung der Ergebnisse	180
b.	Lizenzvergabe an Dritte	181
c.	Einweisung des FuE-Gebers	181
d.	Mitteilungen von Neuerungen	182
e.	Meistbegünstigung	182
f.	Konkurrenzverbot	183
g.	Pflicht zum Abschluss von Versicherungen	
B.	Sich aus Treu und Glauben ergebende Nebenpflichten	184
a.	Geheimhaltung	184
b.	Rückgabe von Unterlagen	184
c.	Mithilfe bei der Patentanmeldung	184
d.	Spezielle Rechnungsführung	185
§ 8	PFLICHTEN DES FuE-GEBERS	186
I	Hauptpflicht des FuE-Gebers	186
A.	Vergütungsarten	186
a.	Feste Uebernahme	188
aa.	Pauschalpreis	190
bb.	Globalpreis	191
cc.	Einheitspreis	191
b.	Preis nach Aufwand	192
aa.	Aufwand auf Selbstkosten- basis	193
bb.	Aufwand nach Regieansätzen	194

c.	Preis nach Aufwand und Erfolg oder Wert der Leistung	195
aa.	Fixed price incentive	196
bb.	Cost plus incentive fee	197
cc.	Multiple incentive	198
dd.	Cost plus award fee	199
d.	Preis nach Erfolg oder Wert der Leistung	200
B.	Vergütung im Falle des Fehlens einer diesbezüglichen Vereinbarung	201
II	Nebenpflichten des FuE-Gebers	202
A.	Vertragliche Nebenpflichten	202
a.	Mitwirkungspflichten	202
b.	Zurverfügungstellen von Hilfskräften	203
c.	Zurverfügungstellen von Arbeits- plätzen	204
d.	Zurverfügungstellen von Gerät- schaften	204
B.	Aus Treu und Glauben sich ergebende Nebenpflichten	205
FÜNFTER ABSCHNITT: BEENDIGUNG UND NACHVER- TRAGLICHE PFLICHTEN		206
§ 9	BEENDIGUNG	206
I	Ordentliche Beendigungsgründe	206
A.	Gesetzliche ordentliche Beendigungsgründe	206
B.	Vertragliche ordentliche Beendigungsgründe	207

II	Ausserordentliche Beendigungsgründe	208
	A. Gesetzliche ausserordentliche Beendigungsgründe	208
	a. Aufgrund besonderer veränderter Umstände	208
	aa. Der Tod einer Partei	209
	bb. Handlungsunfähigkeit einer Partei	209
	cc. Konkurs einer Partei	210
	dd. Zwangsverwertung und fruchtlose Pfändung	210
	ee. Besondere Beendigungsgründe im Fall der Schenkung	210
	ff. Uebermässig erschwerte Leistung	210
	b. Aufgrund des Verhaltens einer Partei	210
	aa. Undank des Beschenkten	211
	bb. Rücktritt des Bestellers	211
	c. Sonderfall "Wichtiger Grund"	211
	B. Vertragliche ausserordentliche Beendigungsgründe	213
	a. Im allgemeinen	213
	b. "Wichtiger Grund"	213
§ 10	NACHVERTRAGLICHE PFLICHTEN	215
I	Geheimhaltungspflicht	215
	A. Bedeutung	215
	B. Geheimnis im Rechtssinn	217
	a. Im allgemeinen	217
	b. Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse im besondern	217
	aa. Exklusivität	218
	bb. Geheimhaltungswille	220

cc. Objektiv berechtigtes Interesse	221
dd. Beziehung zu einem Unternehmen	223
C. Faktische Schwierigkeiten der Geheimhaltung	223
a. Diffusion des Wissens	223
b. Personalfluktuation	224
D. Geheimnis und absolute Ausschlussrechte	225
E. Vertraglicher Geheimnisschutz	226
a. Allgemeines	226
b. Besonderheiten bei Tochter- oder Einmanngesellschaften	229
c. Vertragliche Beschränkung der Geheimhaltungspflicht	231
F. Ausservertraglicher Geheimnisschutz	232
a. Verletzung der Geheimsphäre	232
b. Unlauterer Wettbewerb	233
II Konkurrenzverbot	234
A. Vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot	235
B. Aus Treu und Glauben sich ergebendes Konkurrenzverbot	236

ABKUERZUNGEN

a.a.O.	am angeführten Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
Absch.	Abschnitt
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BEFT	Bestimmungen für Forschungs- und Entwicklungsverträge
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	Bundesgerichtshof
bzw.	beziehungsweise
ca.	ungefähr
CERN	Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire
COST	Coopération européenne dans le domaine de la recherche Scientifique et Technique
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
eidg.	eidgenössisch
EIRMA	European Industrial Research Management Association

f. (ff.)	und folgende Seite(n)
FuE	Forschung und Entwicklung
FuW	Finanz und Wirtschaft
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
IRI	Industrial Research Institute
JT	Journal des Tribunaux
lit.	littera
N.	Anmerkung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
obj.	objektiv
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954
rsp.	respektive
S.	Seite
Semjud	La semaine judiciaire
SHZ	Schweizerische Handelszeitung
SJK	Schweizerische Juristische Karthotek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
subj.	subjektiv
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen

z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

LITERATURVERZEICHNIS

- ALTENPOHL D., Die Forschungsaufwendungen einiger Industrieländer, FuW Nr. 49 vom 26. Juni 1976.
- BAKER J.R., Freiheit und Wissenschaft, Bern 1950.
- BARZ C., Know-how als Einbringungsgegenstand, in Festschrift W. Schmidt, Karlsruhe 1957.
- BAUMBACH - HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. Aufl., München 1974.
- BECKER H., Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941
- BILDA K., Anpassungsklauseln in Verträgen, Berlin 1970.
- BLUM/PEDRAZZINI, Das Schweizerische Patentrecht, 3 Bde., 2. Aufl., Bern 1975.
- VON BUEREN B., Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb unter Einschluss der Ausverkaufsordnung, Zürich 1957. (zit. UWG)
- Schweizerisches Obligationenrecht, 2 Teile, Zürich 1964 - 1972.
- VON BUEREN R., Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistungen im schweizerischen Recht, Bern, Frankfurt a.M. 1971.
- CERLETTI A., Forschungspolitischer "Sonderfall Schweiz", NZZ Nr. 220 vom 20. September 1977.
- DELEUZE J.M., Le contrat d'engineering, Rapport général, in Nouvelles techniques contractuelles S. 79 ff., Montpellier 1970.
- Le contrat de transfert de processus technologique, Know-how. Paris, New York 1976.
- DRUEY J.N., Geheimsphäre des Unternehmens. Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit Blick auf einen Sonderfall. Basel 1977.
- DRYGAS H., Kostenschätzungen bei Forschungs- und Entwicklungsprojekten, in Methoden und Probleme der Forschungs- und Entwicklungsplanung. München, Wien 1972.
- DRYGAS/PASCHEN, Die Anwendung der Parallelstrategie bei der Durchführung von Entwicklungsprojekten, in Methoden und Probleme der Forschungs- und Entwicklungsplanung. München, Wien 1972.
- ECHTERHOFF-SEVERITT H., Forschung und Entwicklung in der Wirtschaft 1971, Essen 1974.

- ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- ERMAN W./ (Bearbeiter), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, Münster Westfalen 1975.
- ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Band I, Teilband I, Karlsruhe 1975.
- FIKENTSCHER W., Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin, New York 1976.
- FRASCATI-Handbuch II, Allgemeine Richtlinien für statistische Uebersichten in Forschung und experimenteller Entwicklung. Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft. Essen 1966.
- GAUCH P., Der Unternehmer im Werkvertrag. 2. Aufl., Zürich 1977. (zit. Werkvertrag)
- System der Beendigung von Dauerverträgen. Freiburg 1968. (zit. Dauerverträge)
- GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Gemeinsames Skriptum nach einer Vorlage von Peter Jäggi. 2 Bde., 1. Aufl., Nachdruck 1978, Zürich 1978.
- GAUL/BARTENBACH, Individualrechtliche Rechtsprobleme betrieblicher Verbesserungsvorschläge. DB 1978, S. 1161 ff.
- GAUTSCHI G., Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilband, Der einfache Auftrag. Bern 1971. (zit. Auftrag)
- Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilband, Der Werkvertrag. Bern 1967. (zit. Werkvertrag)
 - Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff., SJZ 70 1974, S. 21 ff.
- GRESSER K., Nutzen-Kosten-Analyse in Forschung und Entwicklung, in Methoden und Probleme der Forschungs- und Entwicklungsplanungsplanung. München, Wien 1972.
- GREWLICH K., Schutz gegen Willkür bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Berlin 1972.
- GUHL Th., Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., bearbeitet von H. Merz und M. Kummer. Zürich 1972. (zit. GUHL/MERZ/KUMMER)
- HAEFLIGER A., Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht. Diss. Bern 1974.
- HANSEN A., Oeffentliche Aufträge für Forschung und Entwicklung, Frankfurt a. Main 1973.
- HETZLER H.W., Soziale Strukturen der organisierten Forschung, Düsseldorf 1970.
- HOMBERGER A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, Zürich 1938.

- HOMBURGER E., Zum Durchgriff im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67 1971, S. 249 ff.
- HOSTETTLER W., Bestimmungsfaktoren der industriellen Forschung und Entwicklung. Diss. St. Gallen, Zürich 1972.
- JAEGGI P., Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, SJZ 69 1973, S. 301 ff.
- JUCKER W., Wirtschaft zwischen Rezession und Anpassung, FuW Nr. 21 vom 15. März 1978.
- KAUFER E., Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg 1970.
- KIRCHNER R., Rechtliche Probleme bei Ingenieurverträgen, BB 1971, S. 67 ff.
- KLAGES H., Rationalität und Spontaneität, Gütersloh 1967.
- KLEIN B.H., The Decision Making Problem in Development, in The Rate and Direction of Inventive Activity, Princeton University Press, 1962. S. 477 ff.
- KLEINWEFERS H., Wirtschaftsforschung der Schweiz im Zwielicht, NZZ Nr. 120 vom 27./28. Mai 1978.
- KOHN H., Zur Vergabe wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Forschungsaufträge. Göttingen 1976.
- KOSOLAPOV/SCERBAN, Die Optimierung der wissenschaftlichen Forschung. Berlin 1975.
- KRAUCH H., Die organisierte Forschung, Neuwied am Rhein, Berlin 1970.
- KRAUCH/KUNZ/RITTEL, Forschungsplanung, München 1966.
- KUTTLER A., Vertragliche Konkurrenzverbote. Ihre Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht, eine rechtsvergleichende Studie. Basel 1955.
- LARENZ K., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977. (zit. Bürgerliches Recht).
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976. (zit. LARENZ).
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975. (zit. Methodenlehre).
- LEENEN D., Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971.
- LEONHARD F., Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. I. München, Leipzig 1929.
- LUEDECKE/FISCHER, Lizenzverträge, Weinheim 1957.
- MAASS H.H., Information und Geheimnis im Zivilrecht, Stuttgart 1970.
- MARSCHAK/GLENNAN/SUMMERS, Strategy for R & D: Studies in the Microeconomics of Development, Berlin, Heidelberg, New York 1967.

- MARSHALL/MECKLING, Predictability of Costs, Time and Success of Development in: The Rate and Direction of Inventive Activity, Princeton University Press, 1962, S. 461 ff.
- MEIER-HAYOZ A., Berner Kommentar, I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966.
- Verträge (Gesetzlich nicht geregelte) II, Gemischte Verträge, SJK 1135.
- MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1976.
- MERK G., Mikroökonomik, 1976 Stuttgart.
- Kleiner MERKUR, 2.Band, Betriebswirtschaft, Zürich 1978.
- MERZ H., Berner Kommentar, I. Einleitung und Personenrecht, Bern 1966.
- MUENCHNER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, (zit. MünchKomm/Bearbeiter), München 1978.
- NEBEL E., Les contrats de recherche scientifique et technique, Diss. Genf 1973.
- NEUBAUER/SCHWARZ/SCHWUCHOW, Kommunikation in Forschung und Entwicklung. München 1972.
- OFTINGER K., Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 1939, S. 178 ff.
- ORLANS H., The nonprofit Research Institute, New York 1972.
- OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V, 1: Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. Zürich 1929.
- Zürcher Kommentar, Bd. V, 2: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Aufl. Zürich 1936.
- OTT W., Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht. Diss. Bern 1972.
- PACE D.F., Negotiation and Management of Defense Contracts. New York, London, Sydney, Toronto 1970.
- PALANDT G., Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage, München 1978.
- PASCHEN/KRAUCH, (Herausgeber)) Methoden und Probleme der Forschungs- und Entwicklungsplanung, München, Wien 1972.
- PEDRAZZINI M., in Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, S. 497 ff.
- PFEIFFER R., Möglichkeiten und Grenzen der Auftragsforschung, in Forschung und Entwicklung als Aufgabe der Unternehmensführung, Bern 1970.
- PFISTER B., Das technische Geheimnis "Know-how" als Vermögensrecht. München 1974.
- Probleme bei Konstruktionsaufträgen, BB 1966, S. 15 ff.

PIOTET P., Culpa in contrahendo, Bern 1963.

POPP G., Die Organisation des Forschungs- und Entwicklungsbereichs in der schweizerischen Maschinenindustrie, Diss. Aarau 1972.

PROBST K., Wirtschaftsverrat und Wirtschaftsspionage. Wien 1976.

RADNITZKY/ANDERSSON, Wissenschaftspolitik und Organisationsformen der Forschung, in Probleme der Grossforschung, Frankfurt a. Main 1970.

REHBINDER M., Schweizerisches Arbeitsrecht. 4. Aufl. Bern 1977.

REICHWEIN H., Wie weit ist der Aktiengesellschaft und andern juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog. Wissensvertretung) SJZ 66 1970, S. 1. ff.

REYMOND C., in Schweizerisches Privatrecht, Band VII/I, S. 199 ff.

ROGGWILLER H., Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR, Diss. Zürich 1957.

SAMUELSON P., Economics, Tenth Edition, New York 1976.

SEEWER G.E., Forschung gross geschrieben, SHZ Nr. 22 vom 1. Juni 1978.

SIEGWART H., Produktentwicklung in der industriellen Unternehmung. (zit. Produktentwicklung) Bern 1974.

- Forschung und Entwicklung als Aufgabe der Unternehmensführung. Bern 1970.

SIEGWART/BACHMANN, Zusammenarbeit in der Industrie, Bern 1964.

SIEGWART/MENZL, Projektmanagement, Bern 1970.

SIEVERS B., Geheimnis und Geheimhaltung in sozialen Systemen, Opladen 1974.

SCHAUB R., Der Engineeringvertrag, Zürich 1979.

SCHLATTER H., Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag, Diss. Bern 1934.

SCHLUEP W.R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. Diss. St. Gallen, Zürich, St. Gallen 1955.

- Innominatverträge, Basel 1979.

SCHMIED H., Etude de l'utilité économique des contrats du CERN, Genf 1975.

SCHNEEBERGER E., Kommerzielles Vertragsrecht, Zürich 1976.

- Die öffentliche Hand zwischen Vertragsfreiheit und Bindung, Verwaltungspraxis vom 28. März 1977, S. 3.

SCHON A., Technology and Change. New York 1967.

SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar, Bd. V, Obligationenrecht, Teilband V la, Zürich 1973.

SCHRAMM C., Auftrags-, Dienst- und Gesellschafter-Erfindung, BB 1961, S. 105 ff.

- Die schöpferische Leistung. Berlin, Köln, 1957.

SCHWEIZERISCHER HANDELS-UND INDUSTRIEVEREIN Zürich, Forschung und Entwicklung in der schweizerischen Privatwirtschaft. Bericht zur Erhebung des Vororts im Jahre 1976. Zürich 1978.

SOERGEL/(Bearbeiter), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1978.

SPEISER A.P., Forschung und Entwicklung im multinationalen Rahmen, Separatdruck aus der NZZ vom 4. September 1971.

SPEISER/GRUEMM/SCHMETTERER/PRAGER, Forschungstheorie und Forschungspraxis, Wien 1971.

SPIEGEL/FAUSER/BAITSCH, Beiträge zur Messung von Forschungsleistung, Bonn 1975.

SPIROS S., Die faktischen Vertragsverhältnisse. Frankfurt 1957.

VON STAUDINGER J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 12. Auflage, (zit. STAUDINGER), Berlin 1979.

STOCKER B., Die Lieferpraxis in der schweizerischen Maschinenindustrie. Verwaltungspraxis vom 28. März 1977, S. 7 ff.

STUMPF H., Der Know-How Vertrag 2. Aufl. Heidelberg 1971.

TREADWELL R., Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht. Diss. Zürich, Winterthur 1956.

TROLLER A., Immaterialgüterrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Basel 1968 - 1971.

VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.

VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Erste Lieferung, 3. Aufl. Zürich 1974.

VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, Zürich 1942; Zweiter Halbband Zürich 1949.

TUOR/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 9. Aufl. Zürich 1976.

- VISCHER F., in Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, S. 297ff.
- WEINBERG A., Probleme der Grossforschung, Frankfurt a. Main 1970.
- WEISS R., Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1947.
- WOLF E., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, Köln, Berlin, Bonn, München 1978.
- WEISS R., Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Bern 1947.
- ZAECH R., Privatrechtliches Gesetz - soziale Ordnungsmacht. SJZ 74 1978, S. 181 ff.
- ZELLER O., Erfindervertragsrecht, Köln 1953.
- ZWICKY F., Entdecken, Erfinden, Forschen im morphologischen Weltbild. München, Zürich 1966.

EINLEITUNG

Die wachsende Bedeutung der Forschungs- und Entwicklungsverträge lässt sich im wesentlichen auf zwei Ursachen zurückführen.

Erstens hat sich das Bild der Forschung und Entwicklung während und nach dem zweiten Weltkrieg als Folge dringender militärischer Forderungen und neuer Auffassungen über ihr Wesen gewandelt.¹ Grundlegende neue Erkenntnisse liessen technische Anwendungen erahnen, was kühne Vorhaben auslöste, die den Ueberblick und das Leistungsvermögen eines einzelnen Forschers überstiegen. Die Lösung komplexer Probleme verlangte nach neuen Arbeitsmethoden, die in der organisierten Forschung gefunden wurden. Der bis dahin dominierende Einzelforscher wich strukturierten, oft aus Spezialisten verschiedener Fachrichtung zusammengesetzten Gruppen. "Teamwork" wurde zum Schlagwort. Ein theoretisch begründetes, neues Verständnis vom Wesen der Forschung und Entwicklung begünstigte diesen Wandel. Man begann diese als rein logisch-systematischen Vorgang zu begreifen und lehnte aus dieser Sicht den Primat des forschenden Genies ab.²

Einzelne Unternehmungen, für die der Bau und Betrieb ausreichend grosser eigener Forschungs- und Entwicklungsstätten mit untragbaren Kosten verbunden gewesen wäre, und die deshalb deren Umfang in einer Weise beschränken mussten, dass nicht alle anfallenden Arbeiten selbst erledigt werden konnten, begannen unternehmensfremde Stellen mit der Bearbeitung

1 Vgl. G. RADNITZKY und G. ANDERSSON, Wissenschaftspolitik und Organisationsformen der Forschung, Einleitung zu A. WEINBERG, Probleme der Grossforschung, S. 11 ff.

2 Zum Strukturwandel in Forschung und Entwicklung KLAGES, S. 17 - 22.

ganzer Projekte oder bestimmter Teilfragen zu betrauen oder zogen wenigstens zur Unterstützung der eigenen Forschungs- und Entwicklungsabteilung qualifizierte Fachleute als Berater bei. Andere spannten zusammen und führten ihre Forschungsprojekte mit vereinten Kräften durch.³

Gleichzeitig traten weltweit die Staaten als Nachfrager nach Forschungs- und Entwicklungsleistungen in Erscheinung,⁴ deren Ausgaben ursprünglich weitgehend militärisch motiviert waren;⁵ in jüngster Zeit hat jedoch der zivile Sektor an Bedeutung gewonnen, wobei insbesondere der Umweltschutz und die Gesundheit im Zentrum stehen.⁶

Die zweite grundlegende Veränderung, die die Verbreitung der Vertragsforschung begünstigt hat, ist wirtschaftlicher Art. Wirtschaftswissenschaftler haben nachgewiesen, dass die Innovation das wirtschaftliche Wachstum massgebend beein-

3 Vgl. den im April 1978 erschienen Bericht des Schweizerischen Handels- und Industrievereins über Forschung und Entwicklung in der schweizerischen Privatwirtschaft, S. 23 (im folgenden als "FuE-Bericht des Vororts" zitiert).

4 Der staatliche Anteil an den gesamten Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen ist allerdings in der Schweiz traditionell bescheiden verglichen mit dem anderer führender Industrieländer. Er betrug im Jahr 1975 in der Schweiz 19%, in der Bundesrepublik Deutschland 44% und in den USA 55% (FuW Nr. 49 vom 26. Juni 1976, S. 13, und Nr. 32 vom 26. April 1978, S. 21). 1975 gab der Bund 36 Mio. Fr. für Vertragsforschung aus. (Beiheft II, 1977 zu "Wissenschaftspolitik"; Angaben des eidg. statistischen Amtes). Trotz der im zwischenstaatlichen Vergleich geringen Aufwendungen dürfte der Bund der bedeutendste Kontraktor sein.

5 Das erste "big science"- Unternehmen war das "Manhattanprojekt", das zur Herstellung der ersten Atombombe führte; G. RADNITZKY und G. ANDERSSON a.a.O., S. 11.

6 D. ALTENPOHL, Die Forschungsaufwendungen einiger Industrieländer, FuW Nr. 49 vom 26. Juni 1976, S. 13.

flusst.⁷ Dies gilt für die Industrienationen ganz allgemein, für die Schweiz, die aufgrund ihrer starken aussenwirtschaftlichen Verflechtungen den Fährnissen des internationalen Wettbewerbes in erhöhtem Mass ausgesetzt ist, ist dies von besonderer Bedeutung. Nach massgebender Meinung wird die Schweizer Industrie ihre Stellung nur behaupten können, wenn es ihr gelingt, der Konkurrenz durch Anbieter aus den sogenannten "Billigpreisländern" zu begegnen, indem sie laufend neue oder preiswertere und bessere Erzeugnisse auf den Markt bringt und rationellere Herstellungsmethoden entwickelt.⁸ Die Statistiken weisen Jahr für Jahr höhere Aufwendungen für Forschung und Entwicklung aus, die auf ein allgemein gestiegenes Innovationsbewusstsein hinweisen. Die gesamten diesbezüglichen Ausgaben der Schweiz erreichten 1975 die Höhe von 4,1 Mrd. Fr. entsprechend einer Zunahme gegenüber der letzten Erhebung im Jahr 1969 von 68% (teuerungsbereinigt 11,7%).⁹ Steigende Forschungs- und Entwicklungsausgaben insgesamt lassen wohl auch auf eine wachsende Bedeutung der Vertrags-

7 HANSEN, S. 1, und dort zitierte Literatur. Der enge Zusammenhang von technischer Neuerung und wirtschaftlichem Wachstum scheint unabhängig vom Wirtschaftssystem zu bestehen. In der Sowjetunion ist er allgemein anerkannt, KOSOLAPOV / SCERBAN, S. 24.

8 W. JUCKER, Delegierter des Bundesrates für Konjunkturfragen, Wirtschaft zwischen Rezession und Anpassung, in FuW Nr. 21 vom 15. März 1978, S. 21. Die gleiche Ansicht vertritt auch der wirtschaftliche Spitzenverband der Schweiz, in FuE-Bericht des Vororts, S. 9.

9 FuE-Bericht des Vororts, S. 24.

forschung schliessen.¹⁰ Die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse haben gerade auch kleinere und mittlere Unternehmungen gezwungen, nach neuen Produkten zu suchen. Dies sind zumeist jene Unternehmen, die sich keine aufwendige Entwicklungs- oder gar Forschungsabteilung leisten können und demzufolge nach andern Lösungen Ausschau halten müssen. Die Vertragsforschung und -entwicklung in einer ihrer vielf gestaltigen Formen kann sich als zweckmässige Alternative erweisen.¹¹

Thema dieser Arbeit sind *Verträge*, die im Hinblick auf eine Forschungs- oder Entwicklungstätigkeit abgeschlossen werden. Es können damit wirtschaftliche Vorteile angestrebt oder ideelle Zwecke verfolgt werden. Aus der Kombination verschiedenartig ausgeprägter Interessen auf der Grundlage der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten entsteht ein ganzes Feld möglicher Parteibeziehungen. Dementsprechend ist der

10 Das vorliegende statistische Material bestätigt die dargelegten Überlegungen. Der Fremdforschungsaufwand der Schweizer Industrie in der Schweiz stieg von 53,1 Mio. Fr. im Jahr 1969 auf 103,4 Mio. Fr. im Jahr 1975. Der Anteil dieses Sektors am Gesamtaufwand für FuE ist in diesem Zeitraum von 4,1% auf 4,4% gestiegen. Für Vertragsforschung wurden 1975 in der Schweiz insgesamt 182,4 Mio. Fr. ausgegeben entsprechend 6,5% der in der Schweiz für Forschung und Entwicklung verwendeten Mittel. Dazu beigetragen haben die Schweizer Industrie mit den erwähnten 103,4 Mio. Fr., ausländische Unternehmen mit 43 Mio. Fr. und der Bund einschliesslich Regiebetriebe mit 36 Mio. Fr. (Eigene Berechnungen aufgrund der Angaben im FuE-Bericht des Vororts).

11 Die Bedeutung der technischen Neuerung für Klein- und Mittelbetriebe erhellt der Beschluss der deutschen Bundesregierung, im Rahmen eines Gesamtkonzepts 350 Mio. DM zur direkten Förderung der Innovationsbereitschaft in kleineren und mittleren Betrieben bereitzustellen. Die vorgesehenen Massnahmen beinhalten insbesondere auch Zuschüsse für Vertrags- und Gemeinschaftsforschungen. (Bonner Technologiekonzept für Kleinunternehmen, NZZ Nr. 85 vom 13. April 1978, S. 16.) In der Schweiz bemüht sich die vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement eingesetzte Kommission zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung um die Durchführung eines vergleichbaren Programms, wenn auch mit weit bescheideneren Mitteln (FuE-Bericht des Vororts, S. 20).

FuE-Vertrag kein einheitliches Gebilde; unterschiedliche Ausgestaltungen vom einfachen zweiseitigen Vertrag bis zur rechtlich selbständigen Gesellschaft sind anzutreffen. Die gesellschaftsrechtliche Abstützung von Forschungs- und Entwicklungsverträgen wird mit Ausnahme der einfachen Gesellschaft in dieser Arbeit nicht behandelt, da bei einer zu Zwecken der Forschung und Entwicklung errichteten andern als einfachen Gesellschaft keine besondern Aspekte ersichtlich sind.

Die vorliegende Arbeit ist in fünf Abschnitte gegliedert. Zunächst werden die für das Verständnis der FuE-Verträge wesentlichen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten dargelegt.

Im zweiten Abschnitt werden als Beispiele zwei von Praktikern geschaffene Verträge sowie Auszüge aus den vom deutschen Bundesminister für Forschung und Technologie erlassenen "Bestimmungen für Forschungs- und Entwicklungsverträge (BEFT 75)" vorgestellt.

Dann wird drittens deren rechtliche Natur untersucht, und es werden Besonderheiten bei der Anwendung allgemeiner Rechtsnormen dargelegt.

Im vierten Abschnitt ist die Rede vom Inhalt der Forschungs- und Entwicklungsverträge und abschliessend im fünften von der Beendigung und den überdauernden Pflichten.

ERSTER ABSCHNITT: WIRTSCHAFTLICHE UND TECHNISCHE GRUNDLAGEN

§ 1 VON FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG IM ALLGEMEINEN

I. BEGRIFF UND ARTEN

A. Begriff

"Forschung und experimentelle Entwicklung lassen sich definieren als systematische, schöpferische Arbeit zur Erweiterung wissenschaftlicher und technischer Erkenntnisse und deren Verwendung mit dem Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden."¹ Diese Definition der FuE² ist weitgehend anerkannt.³ Deren zwei entscheidende Merkmale sind das *systematische* und das *schöpferische* Arbeiten, die zueinander in einem Spannungsverhältnis stehen, das verschiedentlich Gegenstand einlässlicher Untersuchungen gewesen ist.⁴ Die gegensätzlichen Stand-

1 FRASCATI-Handbuch II, S. 11; Offizielle OECD-Definition der Forschung und Entwicklung. Das Adjektiv "experimentell" dient lediglich der Unterscheidung des Terminus "Entwicklung" als Teil der Forschung und Entwicklung von der Verwendung des gleichen Begriffs in der Wirtschaft, wo damit teilweise auch reine Routinetätigkeiten bezeichnet werden. Im Rahmen dieser Arbeit erscheint der Zusatz "experimentell" entbehrlich, da der Begriff "Entwicklung" im hier verstandenen Sinn genügend klar umschrieben ist.

2 Forschung und Entwicklung wird im folgenden als FuE abgekürzt.

3 Vgl. dazu u.a. HANSEN, S. 31; HOSTETTLER, S. 3; KRAUCH, S. 40 - 45.

4 Vgl. KLAGES, S. 26 - 134; KOSOLAPOV / SCERBAN, S. 317 - 332; KRAUCH, S. 56 - 150; und die umfangreiche Literatur auf die diese Autoren verweisen. Das antagonistische Verhältnis zwischen schöpferischer und systematischer Tätigkeit verdeutlichen die entsprechenden Begriffspaare: Zufall - Planung; Irrationalität - Rationalität; Schöpfung - Arbeit; Inspiration - Perspiration; Persönlichkeit - Organisation; KLAGES, S. 26.

punkte werden im folgenden dargelegt, da sie für das Verständnis der an das Wesen der FuE anknüpfenden rechtlichen Qualifikation der FuE-Verträge grundlegend sind.

Ursprünglich herrschte über die FuE die Auffassung, es sei eine im wesentlichen irrational - intuitive Tätigkeit, die oft nur zufällig zum Erfolg führt. Vertreter dieser "Schöpfungsauffassung"⁵ stützen ihre These vornehmlich mit dem Hinweis auf die zahlreichen Beispiele ab, wo ein rational nicht erfassbares Moment, ein Gedankenblitz, ein Einfall oder auch nur ein glücklicher Zufall, zu grossen Entdeckungen und Erfindungen geführt hat. Ausgehend von solcher empirisch gefundenen Erkenntnis wird die Ansicht vertreten, dass letztlich die Entdeckung und das Schaffen alles Neuen rationaler Durchdringung nicht zugänglich ist. Folglich ist jedes Bemühen, in ausschliesslich methodisch - systematischer Weise zu wirklich neuen Erkenntnissen zu gelangen, zum Scheitern verurteilt.⁶

Demgegenüber wurde aufbauend auf dem Gedankengut dem wissenschaftlich - methodischen Denken verpflichteter Philosophen wie DESCARTES, BACON und LEIBNIZ die Ansicht vertreten, dass beharrliches systematisches Suchen nach neuen Erkenntnissen schliesslich zum Erfolg führe.⁷ Zurecht wurde auf die Fülle der im Laufe der organisierten FuE erarbeiteten Erkenntnisse verwiesen. Die Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung, mit deren Hilfe umfangreiche routinemässige Arbeiten in kurzer Zeit bewältigt werden, gaben der "Arbeits - Auffass-

5 KLAGES, S. 27.

6 Vertreter dieser Auffassung sind neben zahlreichen andern CARL SCHRAMM, Die schöpferische Leistung, Berlin-Köln 1957, und JOHN R. BAKER, Freiheit und Wissenschaft, Bern 1950.

7 KOSOLAPOV / SCERBAN, S. 317 f.

ung"⁸ der FuE Auftrieb. Die intuitive Lösungssuche wurde als Ausnahmefall betrachtet, die zufällig zum Ziel führen kann, das jedoch auch mit methodischem Arbeiten erreichbar gewesen wäre.

Wenn auch eindeutig feststeht, dass FuE-Teams durch methodisch systematisches Arbeiten neue Erkenntnisse gefunden haben, ja dass selbst Maschinen zu neuen Lösungen gelangen können,⁹ kann daraus doch nicht geschlossen werden, dass alles noch Unbekannte rationaler Durchdringung zugänglich ist. Die Erfolge streng logischen Vorgehens in der FuE haben wohl erkennen lassen, dass der schöpferischem Tun vorbehaltene Bereich enger ist als

8 KLAGES, S. 30.

9 Der Computer wird in der modernen FuE intensiv verwendet. Erfüllte er zunächst lediglich Hilfsfunktionen, so bewältigt er heute Arbeiten, die man herkömmlich als schöpferisch bezeichnen würde.

Gegenwärtig werden Programme erstellt, die den Computer zur "Erfindungsmaschine" machen. In systematischer Weise werden Objekte und Erscheinungen nach ihren physikalischen, funktionalen und gestalterischen Zusammenhängen analysiert, um anschliessend die so gewonnenen Elemente durch Variation zu einer Synthese zusammenzufügen. Während der Erfinder herkömmlich intuitiv durch geschickte Kombination bekannter Elemente zu einem brauchbaren Ergebnis gelangt ist, zeigt der Computer alle gangbaren Wege für die Lösung eines Problems auf und übertrifft in dieser Hinsicht den Erfinder. (Diese Computeranwendung wurde von W.BEITZ, anlässlich eines Seminars der Schweizerischen Volksbank vom 11. April 1978 mit dem Thema "Praxis der Produktinnovation" dargelegt.)

Ein Beispiel mag verdeutlichen, wie die systematische Variation bestimmter Elemente zu einem Ergebnis führen kann, das man gemeinhin als schöpferischen Akt bezeichnet. Vereinfacht besteht der Bildschirm eines Farbfernsehers aus einer Vielzahl roter, grüner und blauer Punkte, die in Abhängigkeit ihrer gegenseitigen Intensität ein farbiges Bild erscheinen lassen. Durch systematische Variation der fein abgestuften Intensität aller Farbpunkte entstehen alle überhaupt nur denkbaren Bilder, darunter auch sämtliche Kunstwerke der Malerei. Eine bestimmte Kombination unterschiedlicher Intensität der Farbpunkte entspricht Leonardo da Vincis MonaLisa, eine andere Peter Paul Rubens' Venusfest. Die praktische Schwierigkeit, ein solches System zu realisieren, liegt nicht etwa bei der Programmierung, die sehr einfach wäre, sondern bei der enorm grossen Zahl möglicher Kombinationen, die auch das Leistungsvermögen des schnellsten Rechners bei weitem übersteigt.

ursprünglich angenommen; mehr lässt sich indessen daraus nicht ableiten. Die Frage, ob alles noch Unbekannte überhaupt erfassbar und alles noch unbekannte Erfassbare durch blosses methodisch - systematisches Suchen erkennbar ist, lässt sich nur aus philosophischer Sicht beantworten.¹⁰ Man darf sich jedoch für die Beurteilung der FuE-Verträge von der Pflicht entbunden fühlen, eine Antwort hierauf zu geben. Denn auf absehbare Zeit hinaus werden die Forscher nicht in der Lage sein, die ganze Fülle bestehender Erkenntnisse zu ordnen und sie systematisch auszuwerten. Selbst mit der Hilfe grosser Rechner wird dies ein vorläufig utopisches Unterfangen bleiben, nicht zuletzt deshalb, weil die Kosten eines solchen Vorhabens ins Unermessliche steigen würden.¹¹ Ohne die tieferliegenden Zusammenhänge bis ins Letzte ergründet zu haben, kann daher angenommen werden, dass das schöpferische Element vorläufig seinen festen Platz in der FuE behalten wird.¹² Einige der herkömmlich der

10 Die dieser Frage innewohnende Problematik lässt sich folgendermassen umreissen: Ist man bereit, im Sinne des Determinismus eine logische Verknüpfung alles Seienden anzuerkennen? Denn ist das Sein logisch strukturiert, sollten dessen Strukturen grundsätzlich erfassbar sein. Ob der Mensch dazu allein fähig ist, oder ob er dazu gewisser Hilfsmittel bedarf, ist an sich belanglos. Lehnt man dagegen eine solche Auffassung ab, muss man folgerichtig wenigstens ein Moment anerkennen, das rational nicht verstanden werden kann. Das der Ratio nicht Zugängliche bleibt dann allenfalls dem Schöpferischen vorbehalten. (Bei diesen Ueberlegungen darf allerdings nie vergessen werden, dass ihre Gültigkeit an die Voraussetzung der Richtigkeit der als Denk-voraussetzung bestehenden Logik geknüpft ist.)

11 KOSOLAPOV / SCERBAN, S. 10 f; In diesem Zusammenhang verdient die dort erwähnte These Beachtung, wonach die Effektivität der Forschung tendenziell abnehmend sei, was zur Folge hat, dass die Erarbeitung neuer FuE-Ergebnisse ständig teurer wird.

Systematisch erarbeitete Lösungen sind auch wesentlich kostspieliger, als intuitiv gefundene. Allein der Umstand, dass schöpferisches Denken relativ billig ist, macht es aus ökonomischer Sicht unentbehrlich.

12 In jüngerer Zeit sind verschiedene Autoren insbesondere aus soziologischer Sicht zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt. So KRAUCH und KLAGES a.a.O.

FuE zugerechneten Arbeiten, deren rein routinemässiger Charakter sich heute offenbart, können aber künftig nicht mehr der FuE zugerechnet werden.

FuE zielt auf die Erarbeitung *neuer* Kenntnisse. Die verlangte Neuheit ist keine absolute, sondern eine bloss relative. Neu sind Kenntnisse nicht nur dann, wenn sie noch niemand besitzt. Nicht selten werden FuE-Vorhaben - hauptsächlich im militärischen Bereich - durchgeführt, deren Zweck in der Erarbeitung von Kenntnissen besteht, die andernorts bereits bekannt sind, die aber entweder nicht zugänglich sind oder deren Vorhandensein den Forschenden unbekannt ist.

B. Arten

Sowenig eine einheitliche Auffassung über das Wesen der FuE herrscht, so vielfältig sind die Ansichten darüber, in welche Bereiche sich die FuE nach funktionalen Kriterien gliedert, und wie jene gegenseitig abzugrenzen sind.¹³ Herkömmlich und auch heute noch weit verbreitet wird die FuE in Grundlagen- oder reine Forschung, angewandte Forschung und Entwicklung eingeteilt. Diese Einteilung ist insofern von Bedeutung, als die UNESCO, die OECD und weitgehend auch der COMECON ihre Statistiken gemäss dieser Dreiteilung erstellen, und damit die Grundlage für internationale Vergleiche schaffen.¹⁴ Daneben fehlt es aber nicht an Versuchen, FuE einerseits bloss als zweistufigen, andererseits als vier-, fünf- oder sechstufigen

¹³ KRAUCH, S. 40 - 52.

¹⁴ Vgl. FRASCATI-Handbuch, S. 8 und S. 11 - 18.

Prozess darzustellen.¹⁵ In neuerer Zeit ist jedoch auch ein Trend erkennbar, FuE als einheitlichen Prozess zu betrachten.¹⁶

Rechtlich kommt der Einteilung nur klassifikatorische Bedeutung zu. Die Rechtsfolgen, die sich aus den Besonderheiten der FuE-Verträge ergeben, sind allein eine Funktion des spezifischen Charakters der FuE, nämlich systematische *und* schöpferische Tätigkeit. Was sich nicht als solche erweist, kann nicht als FuE im hier verstandenen Sinn bezeichnet werden, unabhängig davon, ob im allgemeinen Sprachgebrauch eine Arbeit etwa als "Entwicklungstätigkeit" bezeichnet wird. Dass eine Unterteilung vom Rechtsstandpunkt aus unerheblich ist, folgt auch aus KLAGES' Nachweis, wonach in allen drei traditionellen Bereichen schöpferisch und systematisch gearbeitet wird.¹⁷ Immerhin lässt sich wohl feststellen, dass der schöpferische Anteil bei der Grundlagenforschung im allgemeinen grösser ist als bei der Entwicklung. Die von den Parteien verwendete Bezeichnung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit mag deshalb einen Hinweis für deren Qualifikation geben, allerdings ohne dafür verbindlich zu sein.

Wenn im folgenden die von SPEISER gewählte Einteilung wiedergegeben wird, hat das hauptsächlich den Sinn, anhand eines Beispiels zu zeigen, in welchem Bereich in der Praxis die Grenze von der FuE zu ähnlichem Wirken zu ziehen ist.¹⁸ Ausserdem geht daraus hervor, dass die einzelnen Phasen normalerweise nach-

15 HANSEN, S. 31 - 33, und KRAUCH, S. 47 - 51, führen eine Reihe solcher Einteilungen an. Vgl. auch die in diesen Werken zu dieser Frage zitierte Literatur. KOSOLAPOV / SCERBAN, S. 202 - 210, gliedern den FuE-Prozess ausgehend von der Dreiteilung sehr detailliert in insgesamt 145 sich folgende Etappen, die einem Ablaufprogramm gleichkommen.

16 KRAUCH, S. 40.

17 KLAGES, S. 66 - 83.

18 A.P. SPEISER, in Forschungstheorie und Forschungspraxis, S. 10 f.

einander durchlaufen werden und teilweise ineinandergreifen. Doch ist einschränkend festzustellen, dass die Entwicklungstätigkeit nicht notwendig auf den durch Forschung erarbeiteten Kenntnissen aufbaut. Es sind zahlreiche Fälle grosser Entwicklungsprojekte bekannt, wo ohne gesichertes, theoretisches Wissen namhafte Erfolge erzielt werden.¹⁹

Nach SPEISER gliedert sich der Gesamtprozess der technischen Neuerung in

Grundlagenforschung

Arbeiten für ein vertieftes Verständnis der bestehenden und für die Erforschung neuer Naturgesetze ohne jeden Blick auf praktische Verwertung.

Beispiel: Allgemeine Relativitätstheorie

Angewandte Forschung

Arbeiten für ein vertieftes Verständnis der bestehenden und für die Forschung neuer Naturgesetze im Hinblick auf praktische Anwendungen.

Beispiel: Festkörperphysik der Halbleiterwerkstoffe

Grundlagenentwicklung

Erarbeitung neuer technischer Konzepte unter Verwendung bekannter wissenschaftlicher Tatsachen.

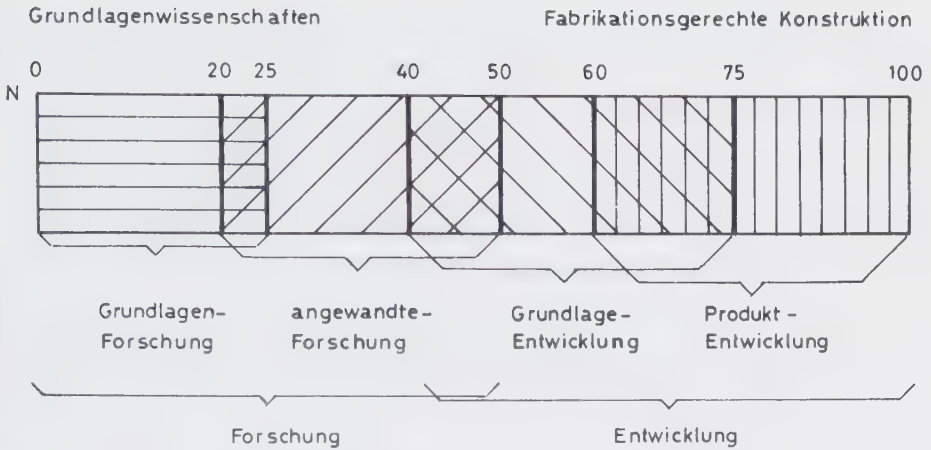
Beispiel: Elektronische Einspritzung für Benzinmotoren

Produktentwicklung

Entwicklung eines bestimmten Produktes nach genau festgelegten Spezifikationen.

Beispiel: Auto, Marke X, Modell 1972

¹⁹ HOSTETTLER, S. 5, bezeichnet diese Art der Entwicklung als "Basisentwicklung". Als Beispiele erwähnt er die optische und die Fotoindustrie.



N: Parameter der technischen Neuerung.

Hervorzuheben ist, dass vieles, was der Produktentwicklung zugeordnet wird, sich bei näherem Zusehen als routinemässige Konstruktion erweist. Ueberwiegt das funktionale Moment gehört sie in den Bereich des "Engineering"; steht das gestalterische im Vordergrund, wird es als "Design" bezeichnet. Doch auch dem Erkennungsobjekt nach der Grundlagenentwicklung zugehörnde Tätigkeiten können im Einzelfall nicht mehr als solche angesehen werden, da auch auf dieser Stufe dank verfeinerter morphologischer Technik²⁰ möglicherweise verbunden

20 Vgl. dazu F. ZWICKY, Entdecken, Erfinden, Forschen im morphologischen Weltbild, München Zürich 1966. Das Erstellen eines morphologischen Kastens kann im allgemeinen nicht als schöpferische Tätigkeit angesehen werden, obwohl es sich um eine der wirkungsvollsten Methoden zur Darstellung komplexer Zusammenhänge handelt. Im Einzelfall kann sich allerdings der Einbezug besonders origineller, in einem bestimmten Zusammenhang nie verwendeter Komponenten als schöpferisch erweisen.

mit dem Einsatz leistungsfähiger Computer ohne schöpferischen Einfall Erfolge zu erzielen sind.²¹

Die Unterscheidung von FuE und verwandten Tätigkeiten nach begrifflichen Merkmalen ist oft nicht möglich. In diesen Fällen ist die Abgrenzung durch eine teleologische Betrachtungsweise vorzunehmen. Ziel der FuE ist die Erkenntnis, während den verwandten Tätigkeiten gemeinsam ist, dass sie unmittelbar auf die Anwendung gerichtet sind. Zu betonen ist, dass die teleologische Betrachtung bloss subsidiär zur Abgrenzung geeignet ist, weil dadurch das Wesen der Tätigkeit nicht erfasst werden kann.

II. UNSICHERHEIT UND RISIKO

FuE-Vorhaben sind in verschiedener Hinsicht in aussergewöhnlichem Masse mit Unsicherheit und Risiko behaftet, was auf eine Reihe von Ursachen zurückgeführt werden kann. FuE als ein Vorgang, der sich in der Zukunft ereignet, ist mit der allem Zukünftigen innewohnenden Unsicherheit belastet.²² Diese wird noch dadurch erhöht, dass FuE ein einmaliger, nicht wiederholbarer Prozess ist. Die Unsicherheit ist aber auch Folge des Schöpferischen in FuE, das sich - da rational nicht erfassbar - jeder Voraussicht entzieht.

21 So konnten beispielsweise Kenntnisse gewonnen werden, die die Herstellung eines Teppichbeschichtungsautomaten ermöglichten. W. BEITZ, a.a.O.

22 "Sowohl der Projekterfolg wie die Produktentwicklung sind mit Unsicherheit belastet, denn beide Ziele liegen - ebenso wie ihre Bestimmungsfaktoren - in der Zukunft, über welche die sogenannte vollkommene Voraussicht fehlt". SIEGWART, PE, S. 168.

Unsicherheit, unter der hier mangelnde Vorhersehbarkeit verstanden wird, besteht über

- das Erreichen des angestrebten Zieles
- die dazu erforderliche Zeit und
- die dabei anfallenden Kosten

A. Die Unsicherheit über das Erreichen des angestrebten Zieles

ist die für FuE typische Art; sie liegt im wesentlichen Schöpferischen der FuE begründet. Anders als bei vergleichbaren Tätigkeiten herrscht bei jedem FuE-Vorhaben Ungewissheit, ob das angestrebte Ziel erreicht werden kann. Zwei Fälle sind auseinanderzuhalten. Es kann ungewiss sein, ob ein bestimmtes Ziel überhaupt erreichbar ist, oder es kann ungewiss sein, ob zu einem gegebenen Zeitpunkt aufgrund des verfügbaren Wissensstandes eine Lösung gefunden werden kann, ob "das betreffende Gebiet 'reif' für die Erforschung" ist.²³ Unter den Bedingungen der Unsicherheit kann die Realisierbarkeit eines FuE-Vorhabens nicht zuverlässig beurteilt werden, doch erlauben Theorie und Erfahrung oft ein Abschätzen der Erfolgsaussichten. Die Zuverlässigkeit solcher Schätzungen ist bei der Grundlagenforschung am kleinsten und steigt mit zunehmendem Parameter der technischen Neuerung (vorn S. 13).²⁴ Entsprechend ist die Unsicherheit bei der Grundlagenforschung am grössten, bei der Entwicklung am kleinsten.

23 GRESSER, S. 102.

24 Eine vergleichende Gegenüberstellung verschiedener Untersuchungen über das Verhältnis zwischen Schätzungen und tatsächlichen Ergebnissen bei FuE-Vorhaben in der amerikanischen Luft- und Raumfahrt-industrie bei HANSEN, S. 22 - 27.

Mit zunehmendem Projektfortschritt nimmt die Unsicherheit ab, jedoch nicht linear, sondern anfänglich stark mit zunehmendem Projektfortschritt dagegen immer schwächer.²⁵ Entsprechend entscheidet es sich häufig schon in der Anfangsphase, ob eine Aussicht besteht, ein begonnenes FuE-Vorhaben erfolgreich abzuschliessen.

Allgemein ist festzustellen, dass mit entsprechendem Zeit- und Mitteleinsatz auch FuE-Vorhaben erfolgreich durchgeführt werden können, die als kaum realisierbar gelten. Entsprechend ist die Unsicherheit über das Erreichen eines angestrebten Zieles nicht isoliert von derjenigen bezüglich der aufzuwendenden Kosten und Zeit zu betrachten. Die Abhängigkeit des Projekterfolgs von der Zeit und den Mitteln, die aufgewendet werden, ist empirisch nachweisbar.²⁶ Diesem Umstand ist bei der Beurteilung der rechtlichen Unmöglichkeit Rechnung zu tragen (hinten S.148).

B. Die Unsicherheit über die Kosten

die für das Erreichen einer bestimmten Zielvorgabe aufzuwenden sind, besteht nicht nur bei FuE, sondern ist kennzeichnend für viele Tätigkeiten. Besonders ist bei FuE jedoch das Mass der Unsicherheit. Empirisch wurde festgestellt, dass, abgesehen von der als Folge der Unsicherheit zu beobachtenden starken Streuung, die Kosten-

25 Zeichnet man die Unsicherheit als Funktion des Projektfortschrittes in ein Koordinatensystem, entsteht etwa eine hyperbolische Kurve. HANSEN, S. 38 Abb. 1.

26 Die Beziehungen zwischen Projekterfolg, Kosten und Zeit werden ausführlich behandelt von A.W.MARSHALL, W.H.MECKLING, Predictability of Costs, Time and Success of Development, in: The Rate and Direction of Inventive Activity, Princeton University Press, 1962, S. 461 - 475; HANSEN, S. 37 - 46 und KRAUCH, S. 126 - 142.

schätzungen im allgemeinen zu optimistisch ausfallen.²⁷ Mit zunehmendem Projektfortschritt gewinnen die Kostenschätzungen an Genauigkeit, wobei diese etwa linear mit jenem zunimmt; die Unsicherheit vermindert sich entsprechend. Darüberhinaus besteht eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen anfallenden Kosten und aufzubringender Zeit, die sich in gewissem Mass gegenseitig substituieren können.²⁸ Je weniger Zeit für ein gegebenes FuE-Vorhaben zur Verfügung steht, desto grössere Kosten fallen an und umgekehrt.

C. Die Unsicherheit über die Zeit

die erforderlich ist, um ein Ziel zu erreichen, ist im allgemeinen eng mit der Unsicherheit bezüglich der Kosten verbunden. Immerhin weichen die Prognosen bezüglich der Zeit nicht so stark von den tatsächlichen Werten ab, wie bei den Kosten. Zum Teil ist dies darauf zurückzuführen, dass - besonders im militärischen, zunehmend aber auch im zivilen Bereich - der Zeit eine höhere Priorität zukommt als den

27 Nach GRESSER, S. 106, gestützt auf eine Studie von W.P. SEWELL (Some Policy Issues in the Analysis of Research and Development Programs, in: The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System, Vol. 3, S. 1073 Joint Committee Print, U.S. Government Printing Office, 1969) übersteigen die effektiven Kosten die ursprünglich geschätzten oft bis zum Dreifachen. DRYGAS, S. 119, nennt dreifache Kostenüberschreitungen das Mittel, wobei auch fünf - bis zehnfache Kostenüberschreitungen nicht selten sein sollen.

Ein Teil dieser Kostenüberschreitungen ist wohl darauf zurückzuführen, dass im Laufe der Projektdurchführung das angestrebte Ziel geändert worden ist, was regelmässig mit hohen Kosten verbunden ist. Was die Vertrags-FuE im besondern betrifft, bemerkt KRAUCH, S. 132, wohl richtig, dass die FuE-Nehmer wegen des Konkurrenzdrucks dazu neigen, die erwarteten Kosten möglichst tief anzugeben.

28 Zur Beziehung zwischen den Kosten und der Zeit bei FuE-Vorhaben HANSEN, S. 39 - 46.

Kosten, was zur Folge hat, dass Zeit durch Kosten substituiert wird. Zusätzlich nimmt die Unsicherheit über die Zeit im Laufe der Arbeiten schneller ab, als diejenige bezüglich der Kosten.²⁹

D. Risiko

Verbunden mit der Unsicherheit in FuE ist das *Risiko*, worunter hier der mögliche Verlust verstanden wird, der die Folge eines aufgrund unsicherer Annahmen falsch getroffenen Entscheides ist.³⁰ Risiko in FuE ist der Verlust, der sich aus der Durchführung eines FuE-Vorhabens wegen der damit verbundenen Unsicherheit ergeben kann. Die Grösse des Risikos ist abhängig von der Höhe der Unsicherheit und den anfallenden Kosten.³¹

Eine allgemeine Aussage über die Entwicklung des Risikos in Abhängigkeit vom Projektfortschritt ist nicht möglich, weil mit zunehmendem Projektfortschritt der abnehmenden Unsicherheit steigende Kosten gegenüberstehen; in einzelnen Fällen kann der Risikoverlauf jedoch unter bestimmten Voraussetzungen abgeschätzt werden, was zur Entwicklung von Methoden geführt hat, die eine Verminderung des Risikos zum Ziele haben.³²

29 HANSEN, S. 38.

30 Vgl. HANSEN, S. 36. Der Begriff "Risiko" wird hier nicht im gleichen Sinn wie in der Entscheidungstheorie verwendet, wo mit Risiko die bekannte Wahrscheinlichkeit des Eintreffens eines Ereignisses bezeichnet wird. (Beispiel: "Risiko" im ersten Wurf eine Eins zu würfeln). Auf die in der Entscheidungstheorie übliche Unterscheidung zwischen Unsicherheit, teilweiser Ungewissheit und Risiko wird verzichtet, weil im FuE-Bereich ohnehin keine Wahrscheinlichkeiten ermittelt werden können.

31 Das hat u.a. zur Folge, dass das Risiko im allgemeinen nicht gleich wie die Unsicherheit durch den Einsatz besonders fähiger Forscher reduziert werden kann, weil diesen in der Regel mehr bezahlt werden muss.

32 Ausführlich DRYGAS / PASCHEN, S. 185 - 210. Vgl. auch hinten S. 30.

Grundlagenforschung, angewandte Forschung und Entwicklung können mit den gleichen Risiken behaftet sein, weil die Unsicherheit bei der Grundlagenforschung am grössten, bei der Entwicklung am kleinsten ist, umgekehrt aber die Kosten bei der Entwicklung ein Mehrfaches jener der Forschung betragen.³³

III. MESSUNG DER FuE - LEISTUNG

In den letzten Jahren ist verschiedentlich versucht worden, Methoden zur Messung der Leistung geistig Tätiger zu finden. Diese Studien sind zumeist entweder betriebswirtschaftlich oder soziologisch-wissenschaftswissenschaftlich motiviert; ihre Bedeutung erstreckt sich jedoch auch auf rechtliche Belange. Die bei Arbeitsleistungen ohne Erfolgsverpflichtung wesentliche Frage nach der im Einzelfall aufzubringenden Sorgfalt liesse sich zuverlässiger beantworten, wenn objektive Massstäbe einen Vergleich ermöglichen. Die bisherigen Arbeiten auf diesem Gebiet haben allerdings noch zu keinen verwertbaren Resultaten geführt. In einer jüngeren vom Bundesminister für Bildung und Wissenschaft in Auftrag gegebenen Untersuchung wird denn auch einleitend festgestellt: "Der Stand der zur Entwicklung von Messverfahren notwendigen Forschung sowie der verwendeten Verfahren ist jedoch weitgehend unbefriedigend."³⁴

33 HANSEN, S. 37 f.

34 SPIEGEL / FAUSER / BAITSCH, S. III. Gl. M. A.P. SPEISER, in Forschung und Entwicklung im multinationalen Rahmen, Separatdruck aus der Neuen Zürcher Zeitung vom 4. September 1971, nach dessen Ansicht "...die Führung von Forschung und Entwicklung als Zweig der Betriebswissenschaft immer noch in den Kinderschuhen steckt". Vgl. dazu auch KOHN S. 44 f.

Immerhin ist es möglich, dass in absehbarer Zeit Messverfahren gefunden werden, die einen objektiven Vergleich unter Forschern, seien es Gruppen oder Einzelpersonen, ermöglichen. Aus rechtlicher Sicht wäre dies ein beachtlicher Gewinn, weil nur so objektiv ermittelt werden kann, "wer ein tüchtiger Angehöriger seines Standes ist." ³⁵

35 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 432.

§ 2 VERTRAGS - FUE IM BESONDERN

I. TERMINOLOGIE

Im Zusammenhang mit Vertrags-FuE werden teilweise Begriffe gebraucht, die geeignet sind, Missverständnisse zu erzeugen. Es erscheint deshalb angezeigt, rechtlich neutrale Bezeichnungen zu verwenden, die keine Assoziationen zu bestehenden andern Vertragsverhältnissen wecken.

Im folgenden werden bezeichnet:

Das Vertragsverhältnis zwischen zwei oder mehreren sich nicht untergeordneten Parteien, von denen mindestens eine sich zur Leistung von FuE-Arbeiten verpflichtet, und dessen Zweck nicht im Führen eines kaufmännischen Gewerbes besteht als

FuE-Vertrag

Die Parteien im zweiseitigen FuE-Vertrag als

<i>FuE-Nehmer</i> oder	diejenige Partei, die sich zur
<i>Berater</i>	Ausführung von FuE-Arbeiten
	verpflichtet.

<i>FuE-Geber</i>	diejenige Partei, die sich zur
	Leistung einer Vergütung
	verpflichtet.

Die Parteien in andern als zweiseitigen Verträgen als

Vertragspartner

Im einzelnen Fall kann es durchaus angebracht sein, spezielle, den konkreten Gegebenheiten entsprechende Begriffe zu verwenden. So kann beispielsweise von Forschungsvertrag oder von Entwicklungsvertrag gesprochen werden, wenn feststeht, dass nur Forschungs-, bzw. Entwicklungsleistungen zu erbringen sind, oder die Parteien können als Auftragnehmer und Auftraggeber bezeichnet werden, wenn sich ein bestimmter FuE-Vertrag als Auftrag qualifiziert.

Die von den Parteien gewählte Bezeichnung ist rechtlich grundsätzlich ohne Belang (Art. 18 OR). Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die gewählte Bezeichnung einen Hinweis geben kann auf das, was die Parteien gewollt haben, und deshalb für die Vertragsauslegung nicht unbeachtlich ist.

II. FUNKTIONEN DES FuE - VERTRAGS

A. Wirtschaftliche Funktion

a. FuE-Vertrag als Mittel staatlicher FuE-Förderung

1975 sind 6,3% der öffentlichen Gelder, die für FuE ausgegeben worden sind, auf Vertrags-FuE entfallen.¹ Je nach der Interessenlage und den Umständen im konkreten Fall übernimmt der Staat die Kosten zur Durchführung des einer privaten Stelle anvertrauten FuE-Vorhaben ganz oder teilweise, was bei der Zuweisung der Rechte an allfälligen Ergebnissen berücksichtigt wird.

¹ Gemäss Angaben des eidg. statistischen Amtes in Beiheft II, 1977 zu "Wissenschaftspolitik". Der Grossteil der öffentlichen Aufwendungen für FuE entfallen auf die Hochschulforschung (ca. 60%) und auf bundeseigene Betriebe (ca. 35%) Nicht berücksichtigt sind die Ausgaben des Nationalfonds, der, wenn auch nur in beschränktem Umfang, ebenfalls FuE-Vorhaben finanziert.

Mit dem Abschluss eines FuE-Vertrages verfolgt die öffentliche Hand in der Regel einen der folgenden vier Zwecke.

1. Staatliche Mittel werden zur Förderung der FuE in bedrohten Wirtschaftszweigen oder -regionen aufgewendet. Ohne direkt Strukturpolitik zu betreiben, wird versucht, aufgrund ihrer technischen Rückständigkeit bedrängten Branchen den Uebergang zur Produktion technisch höherwertiger Güter zu erleichtern, indem deren Anstrengung im Bereich der FuE durch Beteiligung an deren Kosten auf vertraglicher Basis gezielt unterstützt werden. Dabei werden vornehmlich FuE-Projekte finanziert, von denen Ergebnisse erwartet werden, die von einer Grosszahl der Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweigs verwertet werden können. Verständlicherweise schliesst der Staat zu diesem Zweck im allgemeinen nur solche FuE-Verträge ab, die ihm die Rechte an allfälligen Ergebnissen zukommen lassen, weil nur auf diese Weise der kostenlose Zugang möglichst vieler Unternehmen zu den Ergebnissen sichergestellt werden kann. Der Staat zieht in der Regel keinen direkten Nutzen aus solchen Verträgen.²
2. Öffentliche Gelder werden für FuE-Verträge ausgegeben in der Absicht, die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Industrie zu verbessern. Hier geht es nicht um die Unterstützung bedrängter Unternehmungen, sondern es wird damit der Nachteil vermindert, den die Schweizer Industrie zu tragen hat, weil die staatlichen Aufwendungen für FuE in der Schweiz nur rund die Hälfte bis ein

² Beispiele solcher Verträge aus jüngster Zeit finden sich in der Uhrenindustrie.

Drittel derjenigen anderer Industrienationen betragen.³
Geeignete Unternehmen werden mit der Durchführung staatlich finanziierter FuE-Vorhaben betraut, die diesen als zu risikant erscheinen, bei deren Gelingen jedoch wirtschaftlich wertvolle Ergebnisse zu erwarten sind.

Initiative und Risiko liegen allein bei staatlichen Stellen. Der Staat sichert sich deshalb regelmässig die Rechte an allfälligen Ergebnissen. Diese Praxis ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die öffentliche Hand im allgemeinen nicht ein bestimmtes Unternehmen, sondern nur ganze Wirtschaftsgruppen im Hinblick auf die Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit begünstigen kann.

Je nach dem zu erwartenden wirtschaftlichen Erfolg der Verwertung der aus einem solchen FuE-Vertrag hervorgegangenen Erkenntnisse werden diese den interessierten Unternehmen kostenlos oder gegen Erstattung einer Lizenzgebühr zur Verfügung gestellt. Der Staat partipiziert somit am Erfolg besonders gewinnbringender Projekte, was ihm die Uebernahme neuer Risiken erleichtert.

3. Der Bund fördert die Erarbeitung neuer Technologien, denen ein hoher sozialer Wert zugemessen wird, oder die als besonders zukunftssträchtig gelten.⁴ Damit soll der "Werkplatz" Schweiz langfristig gesichert werden. Je nach der staatlichen

3 A. CERLETTI, Forschungspolitischer "Sonderfall Schweiz", NZZ Nr. 220 vom 20. September 1977, S. 32.

4 Dazu gehören beispielsweise FuE-Vorhaben die im Rahmen des Bundesbeschlusses über die Mitwirkung der Schweiz an der Europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen und technischen Forschung (COST) vom Bundesrat beschlossen und privaten Unternehmen zur Durchführung übertragen werden. Die Schweiz hat sich u.a. an einem Projekt zur Analyse der organischen Mikroverunreinigungen im Wasser und an einer Untersuchung über Werkstoffe für Gasturbinen beteiligt.

Beteiligung am finanziellen Aufwand wird vereinbart, dass die Rechte an den Ergebnissen dem Staat, dem mit der Durchführung betrauten Unternehmen oder beiden gemeinsam zukommen. Das forschende Unternehmen zieht im allgemeinen grossen Nutzen aus einem solchen FuE-Vertrag, auch wenn ihm die unmittelbare Verwertung der Ergebnisse verwehrt ist, weil es sich kostenlos eingehend mit einer möglicherweise vielversprechenden Sparte der Technik befassen kann. Dies gilt auch im Falle eines Fehlschlages, weil sich das Unternehmen die Kosten für ein solches Vorhaben ersparen kann und auch eher in der Lage ist, die Realisierbarkeit ähnlicher Projekte abzuschätzen.

4. Die staatlichen Betriebe, allen voran die militärischen,⁵ sind gleich wie die privaten Unternehmen zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf FuE-Ergebnisse angewiesen. Der weitest grösste Teil der FuE-Vorhaben werden zwar von den öffentlichen Betrieben selbst durchgeführt, doch erweist es sich ab und zu aus denselben Gründen wie in der Privatwirtschaft (hinten S.30 ff.) als zweckmässiger, geeignete private Unternehmen mit der Durchführung bestimmter FuE-Vorhaben zu betrauen. Recht häufig schliessen sich an solche FuE-Verträge Beschaffungsaufträge der öffentlichen Hand, weshalb sich in jenen regelmässig Klauseln finden, die für die nachfolgenden Beschaffungen die Grundsätze des freien Wettbewerbs vorsehen.

⁵ Der Anteil des Militärdepartements an den staatlichen Ausgaben für Vertrags-FuE beträgt 55% (Beiheft 11, 1977 zu "Wissenschaftspolitik").

**b. FuE-Vertrag als Mittel zur Gewinnung neuer Erkenntnisse
in branchenfremden Fachbereichen**

Der Grossteil der FuE-Abteilungen industrieller Unternehmungen ist ganz spezifisch auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse in bestimmten, oftmals eng begrenzten Fachgebieten ausgerichtet. Die bei der Durchführung komplexer Probleme auftauchenden Fragen aus branchenfremden Bereichen lassen sich mit den bestehenden Einrichtungen und dem vorhandenen Personal nicht lösen. In einer solchen Situation kann es zweckmässiger sein, die Bearbeitung bestimmter Teilfragen einer unternehmensfremden Stelle zu übertragen, als Investitionen in Einrichtungen und Personalanwerbung vorzunehmen.⁶

Der FuE-Nehmer kann verpflichtet sein, die ihm übertragenen Arbeiten ganz selbständig zu erledigen oder es kann vereinbart werden, dass der FuE-Nehmer das ihm zur Bearbeitung Zugewiesene in engem Kontakt mit dem FuE-Geber ausführt. Die zweite Variante dürfte häufiger gewählt werden, weil Modifikationen an der ursprünglichen Zielsetzung für Teile eines umfassenden Projektes aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Interdependenzen beinahe die Regel sind.⁷ Der FuE-Geber wird deshalb den FuE-Nehmer in eigenem Interesse über seine eigenen Arbeiten unterrichten und ihn in seiner Tätigkeit unterstützen.⁸

6 Vgl. dazu PFEIFFER, S. 90.

7 Vgl. A.W. MARSHALL und W.H. MECKLING, a.a.O., S. 473 ff.

8 Vgl. SCHMIED, S. 19 f.

c. FuE-Vertrag als Mittel zur Kapazitätserweiterung

Die von einem Unternehmen benötigte Anzahl FuE-Ergebnisse unterliegt normalerweise im zeitlichen Ablauf gewissen Schwankungen.⁹ Obwohl anzustreben ist, die Mittel der FuE kontinuierlich zufließen zu lassen,¹⁰ kann dies gelegentlich nur um den Preis betriebswirtschaftlich unerwünschter verzögerter Marktreife eines Produkts erkaufte werden. Veränderungen in der Wirtschaftswelt ausserhalb des Einflussbereichs der Betroffenen können ein Unternehmen oder ganze Wirtschaftszweige zwingen, rasch neue oder verbesserte Produkte anzubieten, was die Durchführung sogenannter "Crashprogramme" voraussetzen kann.¹¹ Marktanteilverluste wegen veralteter Erzeugnisse sind nur mit beträchtlichem Mehraufwand wettzumachen.¹²

Die in einer Ausnahmesituation an sich naheliegende Durchführung eines Teils der FuE-Arbeiten ausser Haus begegnet in der Praxis einer gewissen Zurückhaltung.¹³

9 "Im Forschungs- und vor allem im Entwicklungssektor treten immer wieder sporadische Drucksituationen auf, wo der Zeitpunkt für die Einführung eines neuen Produktes, eines neuen Gerätes oder eines neuen Verfahrens für eine erfolgreiche Kommerzialisierung von solcher Bedeutung wird, dass sich der Beizug auswärtiger Kapazitäten lohnt". PFEIFFER, S. 91.

10 Vgl. dazu FuW Nr. 30 vom 19. April 1978, S. 23. Marktbedürfnisse diktieren die Kursrichtung. Beurteilungskriterien für Forschungs- und Entwicklungsprojekte.

11 Als "Crashprogramm" bezeichnet man ein Projekt, das in extrem kurzer Zeit mit möglichst hohem Mitteleinsatz und unter Beschränkung auf wenige Ziele durchgeführt werden soll.

12 Ein Beispiel dafür aus jüngster Zeit liefert die schweizerische Uhrenindustrie.

13 PFEIFFER, S. 90.

Soweit die FuE einen Sektor betrifft, der zum eigentlichen Tätigkeitsfeld eines Unternehmens gehört, wird sie vorzugsweise mit eigenen Mitteln durchgeführt. Nebst Bedenken bezüglich der Geheimhaltung steht einer weiten Verbreitung dieser Funktion der Vertrags-FuE der Umstand entgegen, dass FuE über das angestrebte Ziel hinaus eine Fülle von Erkenntnissen liefert. Dies gilt wohl allgemein, nicht nur im Hinblick auf FuE im eigenen Tätigkeitsgebiet, ist jedoch hier von besonderer Bedeutung, denn ein Unternehmen ist regelmässig an allen sein Tätigkeitsfeld betreffenden Informationen interessiert, sei speziell nach ihnen geforscht worden oder seien sie zufälliger Natur. Im Gegensatz dazu geht in der Regel das Interesse an Kenntnissen aus fremden Fachbereichen nur soweit, als diese zur Lösung einer konkreten Aufgabe benötigt werden.¹⁴

Den aufgeführten Nachteilen der Vertrags-FuE zur Ueberwindung eines Kapazitätsengpasses steht der Vorteil gegenüber, dass die Ausser-Haus-Durchführung von FuE-Arbeiten kostensparend ist. Wenn man sich nicht auf das Abenteuer mit technisch veralteten Produkten einlassen will, bleibt als Alternative nur, dauernd auf Spitzenbelastungen ausgerichtete und deshalb normalerweise überdimensionierte FuE-Abteilungen zu unterhalten, was mit hohen Kosten verbunden ist, es sei denn die teilweise unausgenützten Kapazitäten können mit fremden FuE-Arbeiten ausgelastet werden.

14 So ist beispielsweise ein Maschinenfabrikant, der zur Entwicklung einer Maschine eines noch nicht existenten Kunststoffes bedarf, regelmässig nur an diesem interessiert, nicht auch an chemischen Formeln oder Kunststoffen, die er nicht verwenden kann.

d. FuE - Vertrag als Mittel zur Diversifikation

Die Eroberung eines neuen Marktes setzt umfassende Kenntnisse aller Bestimmungsfaktoren des betreffenden Marktes voraus, die einem neu in diesen Markt Eindringenden im allgemeinen fehlen, selbst wenn es sich dabei um ein Grossunternehmen handelt. Nebst andern können auch die zur Herstellung konkurrenzfähiger Erzeugnisse notwendigen Kenntnisse fehlen, zu deren Beschaffung die drei Möglichkeiten Uebernahme einer auf dem betreffenden Markt bereits etablierten Unternehmung, Lizenznahme und FuE bestehen. Der Variante FuE kommt der Umstand entgegen, dass oft hochspezialisierte Unternehmen, insbesondere sogenannte "spin-off"-Firmen,¹⁵ über ein bedeutendes Know-How und wertvolle Ideen verfügen, deren finanzielle Basis zur Durchführung umfangreicher FuE-Vorhaben jedoch zu schwach ist.

Der Abschluss eines FuE-Vertrages zwischen einer solchen Firma und einem Unternehmen, das sich in eine entsprechende Richtung diversifizieren will, kann den Interessen beider Parteien gerecht werden. Der FuE-Geber verfügt verhältnismässig rasch über die benötigten Kenntnisse; dem FuE-Nehmer wird die Realisierung eines FuE-Projektes ermöglicht, das er mangels eigener Mittel nicht hätte durchführen können. Nicht selten bewirkt ein FuE-Vertrag eine enge Zusammenarbeit, die zu einer kapitalmässigen Beteiligung oder zur Uebernahme durch den FuE-Geber führen kann.

15 Der Begriff "spin-off" wird für die Aufspaltung von Unternehmen oder die Abspaltung von Unternehmensleistungen verwendet. Im FuE-Bereich werden "spin-off"-Firmen nicht selten von ehemaligen Mitarbeitern eines gross-industriellen FuE-Labors gegründet in der Absicht, Projekte zu verwirklichen, die im Betrieb des früheren Arbeitgebers nicht zur Durchführung gelangt sind. Vgl. dazu den Artikel von D. ALTENPOHL, Die Forschungsaufwendungen einiger Industrieländer, Absch. Innovationsfinanzierung in Klein- und Mittelbetrieben, in FuW Nr. 49 vom 26. Juni 1976, S. 14.

e. FuE - Vertrag als Mittel zur Risikoverminderung

Wie vorn S.16 dargelegt worden ist, vermindert sich die der FuE inhärente Unsicherheit mit zunehmendem Projektfortschritt und nimmt empirischen Untersuchungen zufolge anfänglich rasch ab.¹⁶ Ausgehend von dieser Erkenntnis ist mittels eines mathematischen Modells nachgewiesen worden, dass es sinnvoll sein kann, zu Beginn eines FuE-Vorhabens parallel alternative Lösungswege zu beschreiten, wenn auf diese Weise mit relativ bescheidenen Kosten die Unsicherheit rasch reduziert werden kann,¹⁷ was zu einer Verminderung des Risikos führt. Die zwei wichtigsten Voraussetzungen für eine Risikoverminderung sind:

1. Die Unsicherheit muss gleich zu Beginn der Arbeiten stark abnehmen und
2. der Aufwand für die Alternativprojekte, die nur der Vermeidung der Unsicherheit dienen und bald fallengelassen werden, muss im Verhältnis zu den gesamten Projektkosten gering sein.

Weiters wirkt sich günstig aus, wenn die Unsicherheit ursprünglich gross ist und wenn sich die alternativen Projektvorschläge deutlich voneinander unterscheiden.

Ausgehend von diesen Ueberlegungen ist die sogenannte *Parallelstrategie* zur Durchführung von FuE-Vorhaben entwickelt worden.¹⁸ Dabei werden zur Erreichung eines gegebenen Zieles vorerst gleichzeitig und unabhängig voneinander

¹⁶ Vgl. dazu DRYGAS/PASCHEN, S. 187-190; HANSEN, S. 37 f.

¹⁷ Zur Frage des Zusammenhangs zwischen geschätzten Unsicherheiten und Kosten als Bestimmungsfaktoren der Risikoabschätzung, vgl. das von DRYGAS/PASCHEN, S. 191-208, vorgestellte und kritisierte Modell von R.R. NELSON.

¹⁸ Vgl. DRYGAS/PASCHEN, S. 187.

zwei oder mehrere erfolgversprechende Lösungen in Angriff genommen. Sobald die Arbeiten soweit fortgeschritten sind, dass die mit den einzelnen Lösungsvorschlägen verbundene Unsicherheit wesentlich zuverlässiger abgeschätzt werden kann, wird nur noch an der zu diesem Zeitpunkt aussichtsreichsten Variante weitergearbeitet, während die Alternativlösungen fallengelassen werden. Der Aufwand für die umsonst in Angriff genommenen Alternativlösungen, ist gewissermassen die Prämie dafür, dass nach anfänglicher Doppel- oder Mehrspurigkeit mit grösserer Wahrscheinlichkeit die "günstigste" Lösung gefunden werden kann.

An sich kann die Parallelstrategie auch innerhalb einer FuE-Abteilung angewendet werden, indem beispielsweise verschiedenen FuE-Gruppen je eine Alternative zur Bearbeitung zugewiesen wird, doch setzt dies sowohl hinsichtlich der Einrichtungen als auch des Personals grosse Kapazitäten voraus. Daneben sprechen aber noch andere Gründe dafür, externe Stellen mit der Durchführung eines Alternativprogramms zu betrauen. Erstens entsteht auf diese Weise eine Konkurrenz-situation, die geeignet ist, die Effizienz aller Beteiligten zu erhöhen, zweitens wird aus den Kenntnissen des FuE-Nehmers Nutzen gezogen, über die der FuE-Geber nicht verfügt, und drittens stehen dem FuE-Nehmer möglicherweise Einrichtungen zur Verfügung, die der FuE-Geber nicht besitzt.

Entsprechend der hohen Unsicherheit mit der die Projekte, die Gegenstand solcher FuE-Verträge bilden, normalerweise behaftet sind, übernimmt der FuE-Nehmer hier in der Regel weder das Risiko hinsichtlich des Erreichens eines Zieles noch das hinsichtlich der Kosten.

f. FuE - Vertrag als Mittel zur Risikoverteilung

Anders als bei der Risikoverminderung bleibt bei der Risikoverteilung die Summe des Risikos konstant. Im Gegensatz zu jener, die primär eine organisatorische Massnahme ist, die rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, lässt sich diese nur durch Inanspruchnahme rechtlicher Institute verwirklichen. Risikoverteilung begründet notwendig Rechte und Pflichten. FuE-Verträge zum Zweck der Risikoverteilung werden abgeschlossen, wenn an sich vielversprechende FuE-Vorhaben mit solchen Risiken behaftet sind, dass sie ein einzelnes Unternehmen nicht übernehmen kann. Um die Risiken in tragbarem Rahmen zu halten, vereinbaren zwei oder mehr Unternehmen, sich an der Durchführung eines solchen FuE-Vorhabens zu beteiligen.

Die Pflichten der Parteien können im einzelnen unterschiedlich ausgestaltet sein, wesentlich ist nur, dass jede Partei an den Kosten und demzufolge auch am Risiko hinsichtlich dieser beteiligt ist. Da die Parteien im allgemeinen bei solchen Verträgen auch die Folgen eines Fehlschlages gemeinsam zu tragen haben, vermindert sich für jede Partei auch das Risiko hinsichtlich des Erreichens des angestrebten Zieles.

Das Risiko bezüglich der Kosten kann etwa dadurch verteilt werden, dass eine geeignete Stelle, beispielsweise ein FuE-Vertrags-Institut, mit der Durchführung der geplanten FuE-Arbeiten betraut wird, wobei dieser Stelle ein Teil der über einen vertraglich festgelegten Betrag hinaus anfallenden Kosten nicht vergütet wird. In solchen Verträgen übernimmt der FuE-Nehmer teilweise das Risiko einer Kostenüberschreitung, wozu er wohl nur dann bereit sein dürfte, wenn ihm dafür eine entsprechende Entschädigung zukommt, oder er an der Verwertung der Ergebnisse partizipiert.

Das Risiko hinsichtlich der Zeit kann teilweise auf den FuE-Nehmer übertragen werden, indem er verpflichtet wird, ein Vorhaben in einer bestimmten Zeit durchzuführen, verbunden mit der Vereinbarung, den Verspätungsschaden gemäss einem besondern Schlüssel aufzuteilen oder der Abrede einer entsprechenden Konventionalstrafe. Trägt der FuE-Nehmer jedoch den ganzen Verspätungsschaden oder wird eine gleichwertige oder darüber hinausgehende Konventionalstrafe vereinbart, kann nicht mehr von einer Risikoverteilung gesprochen werden; vielmehr handelt es sich in diesem Fall um eine Risikoüberwälzung vom FuE-Geber auf den FuE-Nehmer.

g. FuE-Vertrag als Mittel zur Steigerung und Kontrolle der Effizienz

Die mangelnde Messbarkeit der FuE-Leistung hat zur Folge, dass auch die Effizienz als Verhältnis der Projektkosten zum Wert der Ergebnisse nicht exakt bestimmt werden kann. Dieser Umstand erschwert sowohl eine Beurteilung der Effizienz als auch die Entwicklung von Verfahren zur Hebung der Effizienz. Der Einfluss der einzelnen Bestimmungsfaktoren kann nur aufgrund der Erfahrung und davon ausgehender Überlegungen geschätzt werden. Danach scheint in gewissen Fällen die Vertrags-FuE ein geeignetes Mittel zur Kontrolle und Steigerung der Effizienz zu sein.¹⁹

Eine Möglichkeit, die Effizienz zu verbessern, besteht darin, eine Wettbewerbssituation herbeizuführen, denn "die wissenschaftliche Konkurrenz hat noch immer für eine Verbesserung der Qualität gesorgt."²⁰

¹⁹ Vgl. PFEIFFER, S. 90 f.

²⁰ H.KLEINWEFERS, Wirtschaftsforschung der Schweiz im Zwielficht, NZZ Nr. 120 vom 27./28. Mai 1978.

Anders als in der Produktion ist eine direkte Konkurrenz in der FuE eher selten, weil die doppel- oder sogar mehrspurige Durchführung von FuE-Vorhaben im allgemeinen zu grosse Kosten verursachte. Die vorn S.30 erwähnte Parallelstrategie dient der Evaluation unterschiedlicher Lösungsansätze, die wegen ihrer Verschiedenheit nur beschränkt einen Vergleich der Leistung der an ihrer Erarbeitung Beteiligten zulassen. Ein echter Vergleich setzt voraus, dass Verschiedene auf das gleiche Ziel gerichtete FuE-Arbeiten zu Ende führen.

Das gleichzeitige Durchführen abgeschlossener FuE-Projekte ist weitgehend auf die Fälle beschränkt, wo jene bis zum Schluss mit hoher Unsicherheit behaftet sind, und vorteilhafter von konkurrierenden kleineren, als von gemeinsam vorgehenden grösseren Gruppen bearbeitet werden.²¹

Die parallele Durchführung findet man vornehmlich bei Grundlagenforschungsvorhaben, weil dort die Unsicherheiten im allgemeinen gross sind, kleine Gruppen oder gar Einzelpersonen am wirksamsten arbeiten, und solche Projekte dementsprechend mit verhältnismässig geringen Kosten bewältigt werden können.²² Die Aufwandminderung als Folge der gesteigerten Effizienz kann hier die höheren Kosten für die Doppel- oder Mehrfacharbeiten übertreffen, was bei Entwicklungsprojekten kaum je der Fall sein dürfte.

Bei diesen ist vielmehr das gegenteilige Verfahren - die Vereinigung der Kräfte - aufgrund des damit verbundenen

21 Ueber die Vor- und Nachteile parallelen Arbeitens HANSEN, S. 120-125. Die gleichzeitige, unabhängige Bearbeitung von in sich abgeschlossenen Teilen eines komplexen Systems ist besonders interessant. (S. 125).

22 Der Aufwand zur Bereitstellung der theoretischen Grundlagen ist durchschnittlich 10 - 20 mal geringer als die Verwirklichung eines darauf basierenden Entwicklungsprojekts. HANSEN, S. 37 f.

Synergieeffektes zweckmässig.²³ Der Durchbruch wird bei komplexen FuE-Projekten oft erst durch die Vereinigung der Kenntnisse aus verschiedenen Fachbereichen geschafft.²⁴ Günstig wirkt sich dabei auch die Konfrontation mit anderen Forschungsphilosophien und Arbeitsmethoden aus, die von Fachgebiet zu Fachgebiet, ja von Labor zu Labor differieren.²⁵ Der Synergieeffekt kann überall beobachtet werden, wo technisch-wissenschaftliche Informationen ausgetauscht werden; naturgemäss kommt dieser jedoch besonders bei FuE-Gemeinschaften zum Tragen.

Ganz allgemein lässt sich schliesslich feststellen, dass die Aussicht, ein Projekt erfolgreich durchzuführen, um so besser ist, je umfassender die zur Projektbearbeitung benötigten Kenntnisse und Fähigkeiten der Beteiligten sind.²⁶ Eine der Hauptschwierigkeiten im FuE-Prozess besteht demnach darin, die geeignetsten Personen zur Durchführung eines Vorhabens zu verpflichten.²⁷ Oft arbeiten qualifizierte

23 Unter Synergieeffekt wird hier die Wirkung verstanden, die sich aus der Verbindung vorhandener Kenntnisse ergibt und die ihren Niederschlag in neuen Erkenntnissen findet. "Dadurch kommen Ergebnisse zustande, die mehr sind als nur die Summe der einzelnen Beiträge." A.P. SPEISER, Forschung und Entwicklung im multinationalen Rahmen, Separatdruck aus der NZZ vom 4. September 1971.

24 Im englischen Sprachraum wird dafür der treffende Ausdruck "crossfertilization" verwendet. PFEIFFER, S. 91.

25 KAUFER, S. 26, weist allerdings daraufhin, dass ein Trend zu Standardorganisation besteht.

26 Diese Feststellung ist nur hinsichtlich des Projekterfolges evident. Bezüglich der Kosten und damit teilweise verbunden bezüglich der Zeit trifft dies nur zu, falls die bessere Befähigung nicht entsprechend oder gar überproportional entschädigt werden muss. In der Praxis ist dies allerdings selten der Fall; normalerweise steigen die Honorare oder Löhne wohl weniger stark als die Leistung, was angesichts der Schwierigkeiten beim Leistungsvergleich empirisch jedoch schwer nachzuweisen ist.

27 "Eine erfolgreich abgeschlossene Forschungsarbeit ist das Ergebnis einer abgestimmten Tätigkeit von Spezialisten, von denen jeder seine Sache besser kennt als irgendein anderer." KOSOLAPOV / SCERBAN, S. 217.

Wissenschaftler an einer Hochschule oder sind als freie Berater tätig, die ihren Status aufgeben müssten, wenn sie in ein arbeitsvertragliches Verhältnis zu einem FuE betreibenden Industrieunternehmen treten würden, wozu sie meist nicht bereit sind. Um deren wertvolle Kenntnisse einem Unternehmen direkt nutzbar zu machen, werden sogenannte Konsulten- oder Beraterverträge (hinten S.60ff.) abgeschlossen. Auf diese Weise kann die Leistungsfähigkeit der eigenen FuE-Abteilung erhöht werden, ohne dass der Konsulent seine Selbständigkeit verliert.

B. ANDERE FUNKTIONEN

Nebst der Förderung der bloss *wissenschaftlich* motivierten Forschung durch Zuwendungen in der Form von à fonds-perdu-Beiträgen werden zu diesem Zweck auch FuE-Verträge abgeschlossen. Der FuE-Geber sichert sich auf diese Weise einen gewissen Einfluss auf die Verwendung der von ihm aufgebrachten Mittel. Naturgemäss ist FuE-Geber eines solchen Vertrages meist eine staatliche Stelle; doch gibt es auch private FuE-Geber, die bloss der Wissenschaft dienende Forschungsarbeiten finanzieren - aus ideellen Gründen oder in der Hoffnung, dass aufbauend auf Erkenntnissen von scheinbar bloss wissenschaftlichem Wert FuE-Projekte durchgeführt werden können, deren Ergebnisse kommerziell verwertbar sind.

Andererseits dienen FuE-Verträge der Nutzung des Potentials spezialisierter Unternehmen für die wissenschaftliche Forschung. In bedeutendem Umfang vergeben Grossforschungszentren, wie z.B. das CERN, FuE-Arbeiten an externe Stellen, die für bestimmte Arbeiten besonders befähigt sind. Wie einlässliche Untersuchungen zeigen, bringen solche FuE-Verträge beiden Seiten erheblichen Nutzen.²⁸

28 Vgl. SCHMIED, S. 4 ff.

Schliesslich wird private FuE-Förderung auch in der Absicht betrieben, die *Ausbildung* potentieller zukünftiger wissenschaftlicher Mitarbeiter zu verbessern. Zu diesem Zweck werden Vorhaben gefördert, die von Bildungsstätten wie Universitäten, Hochschulen oder Technika durchgeführt werden. Da jede FuE-Tätigkeit gleichzeitig ein Lernprozess für die damit Beschäftigten ist²⁹ und FuE fördernde Industrieunternehmen fast ausnahmslos Projekte auf Gebieten unterstützen, die für das Unternehmen von gewisser Relevanz sind, werden derart Kenntnisse derjenigen Person erweitert, die das unterstützende Unternehmen möglicherweise später zur Durchführung eigener FuE-Vorhaben benötigt.

Die Unterstützung interessanter FuE-Projekte soll den FuE-Geber auch bekannt machen und ihn als attraktiven Arbeitgeber erscheinen lassen und nicht zuletzt wird damit beabsichtigt, in Kontakt mit den angehenden Wissenschaftern eines Fachs zu treten und deren Fähigkeiten kennenzulernen. Diesem Punkt kommt grosse Bedeutung zu, weil eine Hauptschwierigkeit industrieller FuE-Labors darin besteht, qualifiziertes Personal zu finden und anstellen zu können.

III. REALE ERSCHEINUNGSFORMEN

Entsprechend der vielfältigen Funktionen der FuE-Verträge sind eigenständige Kombinationen verschiedener Kern- und Zusatzleistungen recht häufig. Doch haben sich im Laufe der Zeit einige Vertragstypen³⁰ mit ähnlicher Zusammensetzung verschiedener Leistungen herausgebildet, wobei allerdings gewisse Ueberschneidungen nicht selten sind.

29 KRAUCH, S. 126.

30 Zum Begriff des Vertragstypus vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 443-457, und SCHLUEP, Innominatverträge, S. 21-24 und S. 38-47.

A. FuE - Projektvertrag

Durch den FuE-Projektvertrag verpflichtet sich der FuE-Nehmer, das Vertragsgegenstand bildende FuE-Projekt primär im Interesse des FuE-Gebers durchzuführen und diesem wenigstens ein Benutzungsrecht an allfälligen Ergebnissen einzuräumen.

Gegenstand eines solchen FuE-Vertrages können alle Arten von FuE-Vorhaben sein, mit denen abgegrenzte Ziele angestrebt werden, unabhängig davon, ob es sich um grosse, doch limitierte Projekte oder um in sich abgeschlossene Teile eines umfassenden Projekts handelt. Im einzelnen gehören dazu auch als Studien, Expertisen, Versuche, Prognosen, Enquête, feasibility studies oder ähnlich bezeichnete Vorhaben, die eine FuE-Tätigkeit beinhalten und deren Ziele bestimmt sind. Die Bezeichnung ist an sich gleichgültig; immerhin mag sie einen Hinweis auf die Art des Vorhabens geben. Massgebend ist allein die Natur der mit dem vereinbarten Vorhaben verbundenen Tätigkeit, wobei es genügt, wenn nur ein Teil dieser Tätigkeit der FuE zuzurechnen ist.³¹

Die Modalitäten der Projektdurchführung und der Zuweisung der Rechte an den Ergebnissen sind dabei unterschiedlichster Ausgestaltung zugänglich. Der FuE-Nehmer kann im Extremfall zur völlig selbständigen Bearbeitung des vereinbarten Projektes verpflichtet sein, andererseits können dem FuE-Geber wesentliche Mitwirkungspflichten auferlegt sein.

³¹ Eine Prognose erweist sich beispielsweise dann als FuE-Vorhaben, wenn ihr Daten zugrundeliegen oder zu ihrer Erstellung Verfahren notwendig sind, die man noch nicht kennt und die nur durch FuE gefunden werden können. Dass daneben andere - vielleicht Routinetätigkeiten - den grösseren Teil der Arbeit ausmachen ist für die Qualifikation als FuE-Vorhaben belanglos.

Faktisch führt das oft zu einer Zusammenarbeit, ohne dass allerdings deshalb von einer für Gesellschaftsverhältnisse vorausgesetzten "gemeinsamen Zweckförderung" ³² gesprochen werden könnte.

Eine der wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit FuE-Verträgen dieser Art ist die nach der Zuweisung der Rechte an den Ergebnissen. Wem die in direkter Verbindung mit dem angestrebten Ziel stehenden Ergebnisse gehören, bestimmen die Parteien meist im Vertrag; dagegen schweigt sich dieser oft über die Frage aus, wem in Erfüllung der vereinbarten Pflichten entstandene Ergebnisse, oder auch nur Ideen, gehören, die für den angestrebten Vertragszweck keine Bedeutung haben. ³³ Wegen der Verschiedenartigkeit der Interessenlage und der massgebenden Umstände von Fall zu Fall kann keine allgemeine Regelung betreffend die Rechte an den FuE-Ergebnissen vorgeschlagen werden.

Dem FuE-Geber können nebst der Leistung einer Vergütung noch eine Reihe anderer Pflichten auferlegt sein. So kann dieser etwa verpflichtet sein, bereits vorhandene Kenntnisse zu vermitteln oder sich an den FuE-Arbeiten zu beteiligen; oder er hat Hilfskräfte zur Verfügung zu stellen oder auch Arbeitsplätze, Geräte und Instrumente.

32 MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 40.

33 Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Vertragszweck sei die Entwicklung einer elektronisch gesteuerten Benzineinspritzung, deren Funktion darin besteht, dem Verbrennungsraum eines Motors das optimale Luft-Benzindampfgemisch zuzuführen. Die Bestimmung des jeweils optimalen Gemisches setzt die Messung der Luft- und Benzindampfmengen voraus, die in den Verbrennungsraum strömen. Bei der Entwicklung eines dazu geeigneten Messverfahrens werden verschiedene geprüft, die sich als ungeeignet erweisen. Anlässlich einer solchen Prüfung stellt sich heraus, dass eines der zur Messung von Gasströmen ungeeigneten Verfahren den herkömmlichen mechanischen Methoden zur Messung von Flüssigkeitsströmen überlegen ist. Diese sind für die Benzineinspritzung ohne Belang, dafür haben sie z.B. Bedeutung für Wärmemengenzähler.

Schwierigkeiten bereiten kann im einzelnen die Abgrenzung zum FuE-Partnerschaftsvertrag (hinten S.46 ff.); wenn dem FuE-Nehmer Rechte an den FuE-Ergebnissen eingeräumt werden oder dieser sonstwie am Erfolg beteiligt ist.³⁴ Auf ein Gesellschaftsverhältnis deuten auch wesentliche Mitwirkungspflichten des FuE-Gebers hin.³⁵ Die Zuordnung im Einzelfall verlangt die Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles, wobei massgebend nicht der ursprüngliche Vertrag, sondern die tatsächlichen Verhältnisse sind.³⁶

B. FuE - Projektunterstützungsvertrag

Durch den FuE-Projektunterstützungsvertrag verpflichtet sich der FuE-Geber, die Kosten für ein vom FuE-Nehmer durchgeführtes FuE-Vorhaben ganz oder teilweise zu übernehmen.

Anders als beim FuE-Projektvertrag wird das vereinbarte FuE-Vorhaben beim FuE-Projektunterstützungsvertrag nicht (primär) im Interesse des FuE-Gebers durchgeführt, vielmehr unterstützt dieser die Bestrebungen des FuE-Nehmers, der das FuE-Projekt in eigenem Interesse durchführt. Dementsprechend kommen die Rechte an den Ergebnissen dem FuE-Nehmer zu. Der FuE-Geber kann jedoch berechtigt sein, sich von diesen unterrichten zu lassen und dem FuE-Nehmer Vorschriften über die Verwertung zu machen.³⁷

34 Vgl. GAUTSCHI, Auftrag, N. 76 f zu Art. 394 OR.

35 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI, S. 345.

36 MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 42 f.

37 Dem FuE-Nehmer kann beispielsweise verboten sein, die Verwertung der Ergebnisse einem Einzelnen zu überlassen, oder er kann verpflichtet sein, allen Interessierten zu angemessenen Bedingungen Lizenzen zu erteilen. Für den FuE-Nehmer noch einschneidender ist die Verpflichtung, die Ergebnisse zu veröffentlichen.

Betreffend den Vertragsgegenstand und die Modalitäten der Projektdurchführung bestehen keine Unterschiede zum FuE-Projektvertrag, das vorn dazu erwähnte gilt unverändert auch für den FuE-Projektunterstützungsvertrag.

Die Unterstützungsverpflichtung des FuE-Gebers beinhaltet eine Geldleistung, ohne jedoch auf sie beschränkt zu sein. Nicht verlangt ist, dass die Entschädigung dem FuE-Nehmer seinen ganzen Aufwand deckt.

Die Leistung des FuE-Gebers kann in der Bezahlung einer Pauschale, einer Vergütung nach Aufwand oder einer Kombination beider bestehen.³⁸ Ist Vergütung nach Aufwand bestimmt, kann fraglich sein, was im einzelnen dazu zu zählen ist.³⁹ Strittig ist vor allem der Unternehmergewinn und - falls der FuE-Nehmer nicht eine Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit ist - der Unternehmerlohn. Jener wird regelmässig zu verneinen sein, da die Leistung des FuE-Gebers im allgemeinen bloss den Sinn hat, die Durchführung des betreffenden FuE-Projektes zu ermöglichen. Dieser dagegen wird im Zweifel zum Aufwand zu rechnen sein, da es sich richtig besehen um einen Kostenbestandteil handelt.⁴⁰

38 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 109 ff. Der dort erwähnte Einheitspreis (Nr. 118 ff.) ist bei FuE-Verträgen ebenfalls denkbar, etwa in der Weise, dass eine Vergütung pro aufgewendete Stunde vereinbart wird, und im verabredeten Stundenansatz die übrigen Unkosten berücksichtigt sind.

39 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 130.

40 So wird in Deutschland nach Nr. 24 der "Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten" (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953) der Unternehmerlohn als Kostenbestandteil anerkannt.

C. FuE-Vertrag auf Zeit

Der FuE-Vertrag auf Zeit verpflichtet den FuE-Nehmer zur Erbringung von FuE-Leistungen auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit im eigenen oder im Interesse des FuE-Gebers.

Charakteristisch für diese Verträge ist, dass die FuE-Leistungen nicht hinsichtlich eines Projektes, sondern für eine gewisse Zeit versprochen werden, innerhalb derer eines oder mehrere FuE-Vorhaben oder auch nur Teile davon bearbeitet werden. Vertragsgegenstand ist das Zurverfügungstellen von FuE-Kapazitäten, Vertragszweck das Erbringen bzw. die Nutzung von FuE-Leistungen während einer gewissen Zeit ohne Bezug auf ein bestimmtes Projekt. Verträge über ein FuE-Projekt, worin für dessen Bearbeitungszeit eine maximale Dauer vorgesehen ist, qualifizieren sich als FuE-Projekt- bzw. FuE-Projektunterstützungsverträge, weil der Zeit in solchen Verträgen nur eine Hilfsfunktion zukommt, während sie bei FuE-Verträgen den Leistungsumfang wesentlich bestimmen.⁴¹

Die Modalitäten bezüglich der Durchführung der Arbeiten unter einem FuE-Vertrag auf Zeit entsprechen denjenigen der Projektdurchführung bei FuE-Projekt- bzw. Projektunterstützungsvertrag.

Die Zuweisung der Rechte an den Ergebnissen kann unterschiedlich vorgenommen werden, einschliesslich der beiden Extremfälle ausschliesslicher Berechtigung des FuE-Gebers und ausschliesslicher Berechtigung des FuE-Nehmers.

41 Zur Bedeutung der Zeit für Verträge, GAUCH, Dauerverträge, S. 4 ff.

Einschränkend ist allerdings festzuhalten, dass die Verabredung, wonach beiden Parteien die Rechte an den Ergebnissen im wesentlichen zu gleichen Teilen zustehen, den FuE-Vertrag auf Zeit seiner Eigenart berauben und zur Annahme eines FuE-Partnerschaftsvertrages (hinten S. 46 ff.) führen kann. Die Abgrenzung im Einzelfall ist nur unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände möglich. Wesentlich ist u.a. das Verhältnis des Wertes der Ergebnisbeteiligung zur ohnehin geschuldeten Vergütung.⁴²

Verträge dieser Art werden nicht selten zwischen Gesellschaften eines Konzerns abgeschlossen, die dieser nicht vollständig beherrscht, sondern an denen dieser nur eine Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung hält. "Forschung und Entwicklung können daher nicht rein hierarchisch geführt werden, sondern laufen eher auf Grund von *Vereinbarungen* ab."⁴³ Auf diese Weise können langfristige Vereinbarungen getroffen werden, die es erlauben, den Schwerpunkt der FuE auf eine oder wenige Tochtergesellschaften zu verlagern.

FuE-Verträge auf Zeit gewinnen auch zum Zwecke der - insbesondere staatlichen - FuE-Förderung an Bedeutung, weil

42 Vgl. SJZ 62, 1966, S. 361 ff.

43 A.P. SPEISER, Forschung und Entwicklung im multinationalen Rahmen, Separatabdruck aus der NZZ vom 4. September 1971.

die projektbezogene FuE-Förderung gerade im Bereich der Grundlagenforschung oft fragwürdig ist.⁴⁴ Dort ergeben sich im Laufe der Arbeiten oft interessante, überraschende Aspekte, deren Verfolgung von wesentlich grösserem Wert wäre, als das ursprünglich begonnene Vorhaben. Es wäre unsinnig, wenn aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen an wissenschaftlich unergiebigem Vorhaben weitergearbeitet würde, weil bei Ergebnissen der Grundlagenforschung (primär) nur deren wissenschaftlicher Wert interessiert.

D. FuE-Beratungsvertrag

Durch den FuE-Beratungsvertrag verpflichtet sich der Berater⁴⁵ zur Unterstützung der FuE-Tätigkeit des FuE-Gebers.

"Berater" kann eine Einzelperson, aber auch eine Beratungsunternehmung sein. Der Berater ist freier Mitarbeiter;⁴⁶ Rechtsverhältnisse zwischen Berater und FuE-Geber, die dem Arbeitsvertragsrecht unterstehen, sind keine FuE-Beratungsverträge, obwohl faktisch die Tätigkeit des Beraters und eines festangestellten Mitarbeiters identisch sein können. Das der Abgrenzung zwischen diesen beiden dienende Kriterium ist das Mass der Einordnung in den Betrieb, resp. Unterordnung unter den FuE- bzw. den Arbeitgeber.⁴⁷

44 Vgl. dazu KLEINWEFERS, a.a.O., S. 18.

45 Gebräuchlich ist auch der Ausdruck "Konsulent".

46 Zum Begriff des freien Mitarbeiters vgl. DB, 55, S. 384.

47 Vgl. REHBINDER, S. 24 f.

Massgebend ist die Weisungsbefugnis des FuE- bzw. Arbeitgebers.⁴⁸ Unbeachtlich ist der Arbeitsplatz und es kommt auch nicht darauf an, ob die Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausgeübt wird.⁴⁹

Vertragsgegenstand - Unterstützung der FuE-Tätigkeit des FuE-Gebers - kann sein: blosse Beratung, Mitarbeit bei der Projektdurchführung und auch teilweise selbständige Bearbeitung einzelner Fragen. Vorausgesetzt ist eine eigene FuE-Tätigkeit des FuE-Gebers. Nicht unter den FuE-Beratungsvertrag, sondern unter den FuE-Projektvertrag fallen die selbständige Bearbeitung ganzer Projekte und auch von in sich abgeschlossenen Teile davon, sofern sich die Tätigkeit des Beraters darauf beschränkt. Der Berater kann seine Dienste für bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Verfügung stellen, oder seine Tätigkeit kann die Unterstützung eines oder mehrerer FuE-Projekte oder (einzelner) Teile davon umfassen.

Die Rechte an den Ergebnissen können den Parteien durch Vereinbarung beliebig zugewiesen werden. Wird über die Zuweisung der Rechte an den Ergebnissen nichts verabredet, ist zu unterscheiden zwischen Ergebnissen, die der FuE-Geber allein erarbeitet hat und solchen, die gemeinsam oder vom Berater allein erarbeitet werden. Ergebnisse, die der FuE-Geber allein gefunden hat, stehen ausschliesslich diesem zu. Auch Ergebnisse, die gemeinsam oder vom

48 Nach GAUTSCHI, Auftrag, N. 62 b zu Art. 394, kommt es darauf an "in welcher persönlichen Stellung vom Handelnden gearbeitet wird."

49 REHBINDER, S. 25.

Berater allein gefunden werden, gehören im allgemeinen dem FuE-Geber;⁵⁰ mindestens steht jedoch dem FuE-Geber ein Benutzungsrecht zu.

E. FuE - Partnerschaftsvertrag

Die FuE-Partnerschaft, auch FuE-Gemeinschaft genannt, ist eine zum Zweck der gemeinsamen FuE gegründete einfache Gesellschaft. Davon zu unterscheiden sind die *FuE-Gesellschaften*, die alle anderen gesellschaftsrechtlichen Verbindungen zu FuE-Zwecken umfassen. Diese werden in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt, da sie - rechtlich nicht unterscheidbar von den anderen Gesellschaften - nicht zu den FuE-Verträgen gehören.

FuE-Partnerschaftsverträge können auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder auch für die Durchführung eines oder mehrerer Projekte abgeschlossen werden. Die Durchführung der FuE-Arbeiten kann verschieden organisiert sein.⁵¹ Die auszuführenden Arbeiten können vollständig oder hauptsächlich von einer Vertragspartei erledigt werden, von einzelnen oder allen Vertragspartnern gemeinsam ausgeführt werden oder jeweils einer zum voraus nicht bestimmten, beispielsweise der geeignetsten, Partei zur Erledigung zugewiesen werden. Voraussetzung ist, dass jede Partei in irgendeiner Weise zum Erreichen des angestrebten Erfolges beiträgt, wobei der Wert der von jeder Partei zu erbringenden Leistung individuell vereinbart werden kann.

50 Vgl. GAUL / BARTENBACH, DB 1978, S. 1164.

51 Vgl. dazu auch NEBEL, S. 136-139.

Die Zuweisung der Rechte an den Ergebnissen und deren Verwertung kann beliebig verabredet werden. Bedingung ist nur, dass alle Vertragspartner am Erfolg partizipieren. Dies kann nebst der gemeinsamen Berechtigung an den Ergebnissen und deren Verwertung oder neben der Aufteilung der Rechte an den Ergebnissen z.B. auch dadurch erreicht werden, dass alle Rechte an den Ergebnissen einer Partei gehören, und die anderen Vertragspartner am Verwertungserlös der berechtigten Partei beteiligt sind.

FuE-Partnerschaften werden seit geraumer Zeit als erfolgsversprechende Möglichkeit zwischenbetrieblicher Kooperation propagiert⁵² und mögen wohl in einigen Fällen den Interessen der beteiligten Parteien gerecht werden. Praktischen Erfahrungen zufolge treten bei FuE-Gemeinschaften allerdings nicht selten Schwierigkeiten auf.⁵³

Hervorzuheben ist, dass sich die Vertragspartner wohl häufig nicht bewusst sind, dass der von ihnen abgeschlossene FuE-

52 Vgl. für viele SIEGWART / BACHMANN, S. 13 f. Die zunehmende Kooperationsbereitschaft hinsichtlich der FuE hat auch zur Folge, dass in jüngster Zeit eine Datenbank geschaffen wurde, die Interessenten Angaben über FuE-kooperationswillige Unternehmen aus aller Welt vermittelt.
G.E. SEEWER, Forschung gross geschrieben, SHZ, Nr. 22 vom 1. Juni 1978.

53 An einem Contact-Meeting von IRI (Industrial Research Institute) und EIRMA (European Industrial Research Management Association), einer amerikanischen und einer europäischen Vereinigung forschender Firmen vom 5.- 7. März 1975 in Paris wurden die folgenden 12 Bedingungen für eine erfolgreiche FuE-Partnerschaft genannt:

1. Es muss sich um verschiedene Firmen mit verschiedener (zumindest nicht identisch gleicher) Zielsetzung handeln.
2. Das gemeinsame Projekt muss eine gewisse Mindestgrösse haben; zu kleine Projekte sind nicht lebensfähig.
3. Die Firmen sollten nicht zu verschieden gross sein. Partnerschaften zwischen einer grossen und einer kleinen Firma haben keine guten Erfolgsaussichten.

Vertrag ein Gesellschaftsverhältnis begründet.⁵⁴ Für dessen rechtliche Qualifikation ist dies jedoch unerheblich (Art. 18 I OR). Vielmehr genügt es für die Annahme des letzteren, dass die tatsächlichen Verhältnisse auf eine gemein-

4. Der Entscheid für die Durchführung des gemeinsamen Forschungsprojektes muss von den Geschäftsleitungen, und nicht von niedrigen Organen in der Hierarchie, ausgehen.
5. Die Fähigkeiten der beiden Partner in der Forschung sollten vorwiegend komplementär (statt vorwiegend identisch) sein.
6. In Gebieten, wo sich die Fähigkeiten der Partner in der Forschung überlappen, müssen die Verantwortlichen sorgfältig abgegrenzt werden.
7. Die Anteile der beiden Partner am Forschungsaufwand sollten ungefähr gleich gross sein.
8. Gemeinsame Forschungsprojekte sollten in einem frühen Stadium begonnen werden - jedenfalls bevor bereits einseitig wichtige Erfindungen oder Entdeckungen getätigt worden sind.
9. Projekte der angewandten Forschung oder Grundlagenentwicklung eignen sich besser als Projekte der Produktentwicklung und Konstruktion.
10. Das Forschungsgebiet muss sorgfältig und genau umschrieben werden.
11. Erfindungen und Entdeckungen, die im Rahmen der Partnerschaft getätigt werden, die aber nicht ins Vertragsgebiet fallen, gehören nicht der Partnerschaft, sondern dem betreffenden Partner allein.
12. Bereits bei Vertragsabschluss ist die Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragslösung ins Auge zu fassen und genau zu regeln. Es ist festzuhalten, wie die Rechte an den erzielten Teilergebnissen verteilt werden sollen. Empfehlenswert ist die Klausel, dass die Partnerschaft aufgelöst wird, wenn sich die Partner in einem wichtigen Punkt nicht einigen können.

54 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 352, für den analogen Fall des Lizenzvertrages.

same Zweckverfolgung schliessen lassen. Die Frage zweiseitiger Vertrag oder Gesellschaftsvertrag hat erhebliche praktische Bedeutung, insbesondere wenn eine Vertragspartei in Konkurs fällt.⁵⁵

F. Sonderfälle

a. Bestimmungen betreffend FuE in einem Beschaffungsvertrag.

Nicht selten verpflichtet sich ein Unternehmen zur Lieferung neuwertiger, meist technisch hochstehender Erzeugnisse, deren Herstellung erst nach vorausgehenden FuE-Arbeiten möglich ist.⁵⁶ Der einer solchen Lieferung zugrundeliegende Beschaffungsvertrag kann sich über die FuE betreffenden Fragen ausschweigen und den Unternehmer schlicht zur Lieferung von Erzeugnissen gemäss den vereinbarten Spezifikationen verpflichten oder er kann Bestimmungen bezüglich der erwarteten FuE-Tätigkeit enthalten. Letzteres ist vor allem in drei Fällen sinnvoll.

1. Wenn der Auftraggeber auf den Fortgang der FuE-Arbeiten Einfluss nehmen will, zur Gestaltung seiner Mitwirkungsrechte.
2. Wenn erwartet wird, dass die FuE-Arbeiten einen bedeutenden Teil der insgesamt zu erbringenden Lieferung ausmachen, damit die Vergütung für FuE und diejenige für die eigentliche Herstellung aufgrund verschiedener je passender Kalkulationsschemata getrennt berechnet werden können.

⁵⁵ MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 42.

⁵⁶ Ein wichtiger Nachfrager nach solchen Erzeugnissen ist z.B. das CERN in Genf. SCHMIED, S. V/VI und 4-6. Vgl. auch HANSEN, S. 63 f., betreffend Rüstungsgüter.

3. Wenn grosse Unsicherheit darüber herrscht, ob die verlangten Spezifikationen überhaupt erfüllt werden können, zur Regelung der Frage, wie vorgegangen werden soll, wenn das Erreichte geringfügig oder wesentlich von den vereinbarten Spezifikationen abweicht.

Beschaffungsverträge sind auch dann keine FuE-Verträge, wenn sie Bestimmungen bezüglich der FuE enthalten. Doch hat das hier Dargelegte auch für solche Verträge beschränkt Gültigkeit. Beschaffungsverträge mit Klauseln betreffend FuE sind von FuE-Verträgen zu unterscheiden, die Bestimmungen bezüglich einer allfälligen späteren Produktion enthalten. Unterscheidungsmerkmal ist der Vertragszweck. Ist Vertragszweck die Lieferung der vereinbarten Produkte, FuE dementsprechend nur notwendiges Mittel zum Zweck, handelt es sich um einen Beschaffungsvertrag; ist Vertragszweck dagegen die Erarbeitung von FuE-Resultaten, die anvisierte Herstellung darauf aufbauender Erzeugnisse nur deren mögliche Folge, handelt es sich um einen FuE-Vertrag.⁵⁷

b. Weitervergabe von FuE-Arbeiten.

Für den FuE-Nehmer kann es sich als zweckmässig erweisen, oder er kann verpflichtet sein, Teile der ihm übertragenen FuE-Arbeiten an Dritte weiterzuvergeben oder einen Berater zur Unterstützung beizuziehen. Ein

⁵⁷ Der Unterschied zwischen Beschaffungsvertrag und FuE-Vertrag wird deutlich, wenn angenommen wird, dass die notwendigen bzw. die angestrebten FuE-Ergebnisse von Dritten gefunden und veröffentlicht werden. Der Beschaffungsvertrag wird davon nicht berührt, sondern es verringert sich lediglich technisch der Aufwand für den Beschaffungsprozess. Anders der FuE-Vertrag, der mit dem Bekanntwerden der angestrebten FuE-Ergebnisse zwecklos wird.

solcher FuE-Vertrag zwischen FuE-Nehmer und einem Subunternehmer oder Berater besteht grundsätzlich unabhängig von dem zwischen ihm und dem FuE-Geber geschlossenen Vertrag. Entsprechend gilt das allgemein für den FuE-Vertrag Gesagte auch für solche FuE-Verträge. Ueber die Zulässigkeit solcher FuE-Verträge und die Haftung des FuE-Nehmers für seine Subunternehmer siehe hinten S. 176 f.

Beim Abschluss solcher Verträge ist darauf zu achten, dass der FuE-Nehmer in die Lage versetzt wird, seinen Verpflichtungen gegenüber dem FuE-Geber nachzukommen. Dies gilt insbesondere bezüglich einer allfälligen Pflicht des FuE-Nehmers, die Rechte an den Ergebnissen ganz oder teilweise auf den FuE-Geber zu übertragen.

IV. VERGLEICH DER FUE-VERTRAEGE MIT VERWANDTEN VERTRAEGEN

Ein Vergleich der FuE-Verträge erscheint mit zwei Gruppen anderer Verträge sinnvoll. Die eine Gruppe bilden Verträge, die eine den FuE-Verträgen ähnliche Funktion erfüllen, die andere Verträge, deren charakteristische Leistung der gewisser FuE-Verträge verwandt ist. Zur ersten Gruppe gehören Know-How-, Programmlizenz- und Patentlizenzverträge, zur zweiten der Projektierungs- und der Ingenieur- oder Engineeringvertrag.

Der Vergleich mit verwandten Verträgen dient zwei Zwecken.

1. Der *Abgrenzung*, die nicht nach abstrakt begrifflichen Kriterien erfolgt, sondern die sich aus der Gegenüberstellung vertragsspezifischer Typenmerkmale

ergibt.⁵⁸ Anders als bei der Einteilung der Verträge in scharf voneinander getrennte Kategorien, sind aus typologischer Sicht fließende Uebergänge möglich. Die Zuordnung kann in Grenzfällen entsprechend nur unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls vorgenommen werden.

2. Der Ermittlung des *Wesentlichen* der FuE-Verträge, das durch die Hinweise auf die unterscheidenden Merkmale deutlich wird.

A. Verträge mit ähnlicher Funktion

FuE-Verträge im kommerziellen Bereich werden im Hinblick auf die Verwertung der angestrebten Ergebnisse abgeschlossen. Solcherorts motivierte FuE wird nicht um der Erkenntnis willen betrieben, sondern ist lediglich Mittel zum wirtschaftlichen Erfolg, der etwa dadurch angestrebt werden

58 Die Rechtsfindung als Anwendung wesenhaft ethischer, allgemeinsten Rechtsprinzipien auf einen zu beurteilenden konkreten Fall, ist nicht rein mechanisch, mittels blosser Subsumtion nach formal-logischen Gesichtspunkten möglich. Ein umfassendes, aus generell-abstrakten Begriffen bestehendes Rechtssystem, das allen möglichen, auch zukünftigen Lebensstatbeständen gerecht wird - und dieses wäre Voraussetzung für eine streng logische und damit mechanische Subsumtion - ist mit den heute verfügbaren Mitteln nicht möglich. Ob dies niemals möglich sein wird, wie LARENZ, Methodenlehre, S. 434, annimmt, kann hier dahingestellt bleiben. Wenn sich aber ein solches, ideales Rechtssystem nicht verwirklichen lässt, rückt die Frage ins Zentrum, welches andere System die beste Alternative zur "Begriffs-jurisprudenz" ist. Ein vielversprechendes und *re vera* wohl auch verwendetes, wenn auch nicht als solches erkanntes System, ist das der Konkretisierung allgemeinsten Rechtsprinzipien im Hinblick auf einen zu beurteilenden Fall mittels funktionsbestimmter Begriffe, Typen und Typenreihen. Die Rechtsfindung erweist sich demnach als ein dynamischer, wechselseitiger Prozess, in dem die Prinzipien mittelbar, etwa durch die verkörpernden Gesetze, auf den konkreten Fall angewandt werden, die Konkretisierung andererseits auf das Prinzip rückwirkt, dadurch dass dieses inhaltlich ergänzt wird. Derart nehmen die Entsprechungen laufend zu, das System wird verfeinert und gewinnt an Inhalt. Ausführlich LARENZ, Methodenlehre, S. 458-474.

kann, dass man mit neuen Produkten auf den Markt gelangt. Dazu sind regelmässig (wenigstens) für die betreffenden Unternehmen neue Kenntnisse vonnöten. Handelt es sich um Kenntnisse, die überhaupt unbekannt sind, können diese nur durch FuE erworben werden. Handelt es sich dagegen um solche, die andernorts bereits bekannt sind, kann neben FuE auch die Uebertragung der Kenntnisse zum gewünschten Ergebnis führen. Je nach der Art der Kenntnisse und der Rechte an deren Verwertung kommen dazu verschiedene Vertragstypen in Betracht, die allerdings auch unter sich gemischt sein können.⁵⁹

a. Know-How-Verträge

Know-How-Verträge⁶⁰ dienen der Uebertragung nicht durch ein Patent geschützter technisch-kaufmännischer Kenntnisse vom Know-How-Geber, der über die betreffenden Kenntnisse verfügt, auf den Know-How-Nehmer, der an der Verwertung dieser Kenntnisse interessiert ist.⁶¹

Im Normalfall unterscheiden sich Know-How-Verträge von FuE-Verträgen dadurch, dass bei Know-How-Verträgen der einen Partei Bekanntes der anderen mitgeteilt wird, während bei FuE-Verträgen die angestrebten Kenntnisse beiden Parteien unbekannt sind. In ihrem Kern sind Know-How-Verträge oft

59 Zu den verschiedenen Vertragsgegenständen in Lizenzverträgen vgl. BLUM / PEDRAZZINI, II, S. 389 f.

60 Vgl. dazu H. STUMPF, Der Know-How-Vertrag, 2. A., Heidelberg, 1971, insbesondere S. 20-28, zum Begriff und Wesen des Know-How.

61 Die Parteienamen sind unter funktionaler Betrachtung im FuE-Vertrag gegenüber dem Know-How-Vertrag vertauscht. Ihrer Funktion gemäss entsprechen sich Know-How-Geber und FuE-Nehmer als Wissensvermittler und Know-How-Nehmer und FuE-Geber als am Wissen Interessierte.

den Umsatzgeschäften ähnlich,⁶² während bei FuE-Verträgen das Schwergewicht meist in der Arbeitsleistung liegt. Dies trifft allerdings nicht in allen Fällen zu. Ist etwa einem Unternehmen bekannt, dass man andernorts das von ihm benötigte Wissen hat, kann dieses entweder durch Mitteilung von dem erworben werden, der darüber verfügt, oder durch eigene oder fremde FuE-Arbeiten. Know-How-Verträge erfüllen dann die gleiche Funktion wie FuE-Verträge. Welcher Beschaffungsmethode im konkreten Fall der Vorzug zu geben ist, hängt im wesentlichen davon ab, ob derjenige, der über die verlangten Kenntnisse verfügt, grundsätzlich bereit ist, sein Wissen preiszugeben, sowie von den betriebswirtschaftlichen Grössen Kosten und Zeitbedarf.

Der Uebergang von Know-How-zu FuE-Verträgen ist schleifend. In der Grenzzone sind auf der einen Seite Know-How-Verträge angesiedelt, die den Know-How-Geber implizit oder explizit nebst der Wissensübermittlung zur Erarbeitung neuen Wissens verpflichten. Dies ist dann der Fall, wenn der Know-How-Geber selber noch nicht über alle Kenntnisse verfügt, die er versprochen hat mitzuteilen. Auf der andern Seite liegen FuE-Verträge, die den FuE-Nehmer wegen seines grossen Know-How nur zu geringen FuE-Arbeiten verpflichten. Je nachdem welcher Bestandteil, das Zurverfügungstellen des Know-How oder die Erarbeitung neuer Kenntnisse gewichtiger ist, handelt es sich um einen Know-How- oder um einen FuE-Vertrag. Regelmässig geht dabei das korrespondierende Element in der Hauptleistung auf, bei Know-How-Verträgen also die Pflicht zur Erarbeitung der zusätzlichen Kenntnisse in der Pflicht zur Uebertragung des versprochenen Know-How, bei FuE-Verträgen die Pflicht, das schon vorhandene Know-How zu vermitteln in der Pflicht zur Erarbeitung neuer Erkenntnisse.

b. Programmlizenzvertrag

Durch den Programmlizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer die Benutzung von Programmen oder Programmieranweisungen zu ermöglichen.

Anders als normalerweise bei FuE-Verträgen ist die Wissensvermittlung bei Programmlizenzverträgen ohne oder wenigstens von geringer Bedeutung. Diese erfüllen ihre Funktion, wenn der Lizenznehmer in die Lage versetzt wird, die Vertragsgegenstand bildenden Programme zu benutzen. Dazu braucht dieser aber gar keine oder es genügen rudimentäre Kenntnisse der überlassenen Programme; wie diese aufgebaut sind, braucht ihn nicht zu interessieren. FuE-Ergebnisse dagegen können im allgemeinen nicht unmittelbar praktisch genutzt werden, sondern sie ermöglichen bloss die Herstellung nutzbringender Erzeugnisse. Wenn aber Vertragsgegenstand eine Programmentwicklung ist, kann die Wissensvermittlung auch bei FuE-Verträgen gegenüber der Ueberlassung zum Gebrauch an Bedeutung verlieren.⁶³ Dann erfüllen Programmlizenz und FuE-Verträge eine ähnliche Funktion. Für die Unterscheidung gilt dann analog das zum Verhältnis Know-How- und FuE- Vertrag Gesagte. Programmlizenzverträge setzen das Bestehen oder die Möglichkeit des Erstellens eines Programms ohne FuE-Tätigkeit voraus. Besteht bei Vertragsschluss das lizenzierte Programm, handelt es sich eindeutig um einen Programmlizenzvertrag, muss dieses dagegen erst ganz oder teilweise erstellt werden, wird die Abgrenzung zum FuE-Vertrag schwierig. Es stellt sich dann die nicht allgemein zu beantwortende Frage,

63 Die direkte Nutzungsmöglichkeit der FuE-Ergebnisse ist an sich nicht auf Programmentwicklung beschränkt, doch interessieren im Vergleich zu Programmlizenzverträgen lediglich diese.

ob die zur Vertragserfüllung zu erbringenden Arbeiten als FuE-Tätigkeit zu qualifizieren sind. Immerhin kann generell festgestellt werden, dass die Programmerstellung eine FuE-Tätigkeit sein kann.

c. Patentlizenzvertrag

Durch den Patentlizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer den Gebrauch einer patentierten Erfindung zu gestatten.⁶⁴ Diese Grundleistungspflicht kann durch die Pflicht ergänzt werden, dem Lizenznehmer Verbesserungen, Weiterentwicklung oder Neukonstruktionen zur Benutzung zu überlassen.⁶⁵ Im Ergebnis sind solche Vereinbarungen FuE-Verträgen ähnlich, die in der Weise auf Patente des FuE-Nehmers abgestützt sind, dass die Verwertung der angestrebten FuE-Ergebnisse die Benutzung dieser Patente voraussetzt.

Beide Vertragstypen können zum selben Ergebnis führen, doch lassen sich diese eindeutig voneinander unterscheiden. Entscheidend ist, ob der Patentinhaber verpflichtet ist, FuE-Arbeiten auszuführen oder ob er nur dazu verpflichtet ist, dem Lizenznehmer allfällige neue Erkenntnisse zur Benutzung zu überlassen. Im ersten Fall, wo eine FuE-Leistung erbracht werden *muss*, handelt es sich um einen FuE-Vertrag, im zweiten, wo eine FuE-Leistung erbracht werden *kann*, handelt es sich um einen Patentlizenzvertrag.

B. Verträge mit ähnlichem Vertragsgegenstand

Der FuE-Tätigkeit sind andere Arbeiten verwandt, die ebenso

64 Zum Patentlizenzvertrag BLUM / PEDRAZZINI II, S. 327 - 529/6.

65 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI, II, S. 378 - 386.

wie jene schöpferisch-methodisch sein können und geeignet sind, Neues zu schaffen. Diese bilden Gegenstand folgender Vertragstypen.

a. Projektierungsvertrag

Durch den Projektierungsvertrag verpflichtet sich der Projektverfasser zur Erstellung eines Projekts.⁶⁶ Die vom Projektverfasser zu erbringende Leistung ist unzweifelhaft eine geistige, oft auch eine schöpferische Tätigkeit. FuE und Projektierung unterscheiden sich insofern, als es bei dieser um die Anwendung bekannter technischer Regeln geht, während jene die Vermehrung technischer Regeln bezweckt. In Einzelfällen kann die Projektierung allerdings über die blossе Anwendung bekannter technischer Regeln hinausgehen, etwa wenn ein Projekt nur durch Verwendung neuer Materialien oder Verfahren verwirklicht werden kann. Erschöpft sich die Aufgabe des Projektverfassers darin, die Beschaffenheit der neuentwickelten Elemente zu bezeichnen, muss dieser im allgemeinen keine FuE-Leistung erbringen. Gehört jedoch zu dessen Aufgabe auch die Abklärung, ob die benötigten Materialien und Verfahren überhaupt gefunden werden können, oder muss er diese gar selbst entwickeln, umfasst die Projektierung auch FuE-Arbeiten. Andererseits umfasst FuE regelmässig auch (aber nicht nur) die Anwendung bekannter Techniken und Methoden, da selbst bei umwälzenden FuE-Vorhaben das Neue vom Bekannten her angegangen wird.

Zur Abgrenzung der Projektierungs- von den FuE-Verträgen ist deshalb auf deren Funktion abzustellen. Während diese allgemein die Gewinnung und Vermittlung neuen Wissens bezwecken, besteht der Zweck jener darin, Ausführungsanweisungen für

66 Zum Projektierungsvertrag SCHLUEP, Innominatverträge, S. 136-140.

ein konkretes Projekt zu liefern. Die Unterscheidung wird allerdings durch den Umstand erschwert, dass FuE-Arbeiten wohl unmittelbar der Erweiterung der Kenntnisse dienen, aber doch häufig im Hinblick auf deren Verwertung in ganz bestimmter Weise durchgeführt werden. Sind die Ergebnisse vertraglicher Arbeiten als bloss im Hinblick auf eine ganz bestimmte Anwendung erarbeitet zu betrachten, handelt es sich um einen Projektierungsvertrag, werden sie dagegen im Hinblick auf verschiedene, wenn möglicherweise auch gleichartige Anwendungen erarbeitet, handelt es sich um einen FuE-Vertrag.

b. Ingenieur- oder Engineeringvertrag

Ingenieur- oder Engineeringverträge werden Vereinbarungen genannt, die den Ingenieur, bzw. Engineer, nebst der Projektierung zur Leitung und allenfalls auch zur Errichtung von Werken verpflichten, wobei im Bauwesen meist vom Ingenieurvertrag, in anderen Fällen vom Engineeringvertrag die Rede ist.⁶⁷ Die Begriffe werden zumindest in der Praxis allerdings nicht nur im hier verstandenen Sinn verwendet; insbesondere werden mit "Engineeringvertrag" teilweise auch Verträge bezeichnet, die bloss die Verpflichtung zur Projektierung beinhalten.⁶⁸ Für solche Verträge gilt das vorn zum Projektierungsvertrag gesagte. Der Einfachheit halber verwenden wir im folgenden nur noch den Terminus "Engineeringvertrag".

Gleich wie bei der Projektierung geht es beim Engineering

67 SCHLUEP, Innominatverträge, S. 137. Teilweise wird auch die Bezeichnung "Konstruktionsauftrag" verwendet, PFISTER, BB 1966, S. 15.

68 Manchmal wird ein solcher Vertrag auch als "Consulting Engineeringvertrag" bezeichnet. Vgl. DELEUZE, Engineering, S. 80.

hauptsächlich um die Anwendung dem Fachmann bekannter Regeln im Hinblick auf ein zu erstellendes Werk, wobei der Engineer anders als der Projektverfasser nicht nur an dessen Planung, sondern auch an dessen Ausführung beteiligt ist, sei es dass er zur Leitung oder zur Herstellung verpflichtet ist. "Werk" eines Engineers kann beispielsweise auch ein Prototyp oder eine Versuchsanlage sein, solange diese - mögen sie in ihrer Art auch neu sein - als Produkte blosser Anwendung bekannter technischer Regeln zu betrachten sind.

Wie vorn S.14 erwähnt, unterscheiden sich FuE und Engineering sekundär auch durch ihren Zweck. Während dieses unmittelbar auf die Anwendung neuer Kenntnisse gerichtet ist, zielt jene auf die Gewinnung der Kenntnisse als solche; deren Verwertung erfolgt erst anschliessend. Konkret ist die Grenze allerdings schwer zu ziehen.⁶⁹

Aus rechtlicher Sicht kommt es auf die verwendeten Begriffe nicht an; ein als Engineeringvertrag bezeichneter kann sich als FuE-Vertrag erweisen und umgekehrt. Die Abgrenzung ist ohnehin von geringer praktischer Bedeutung, da auf solche Verträge, die nicht eindeutig dem einen oder andern Vertragstyp zuzuordnen sind, die gleichen Rechtsnormen passen.

69 Allgemeine und doch hinreichend praktikable Abgrenzungskriterien zwischen FuE und Engineering, wie sie vor allem von den Statistikern gebraucht würden, existieren nicht. Vgl. dazu FRASCATI-HANDBUCH II, S. 17: "Die grösste Fehlerquelle bei FuE-Messungen liegt wahrscheinlich in der Schwierigkeit, eine genaue Trennlinie zwischen den experimentellen Entwicklungen und den sonstigen technologischen Aktivitäten zu ziehen."

ZWEITER ABSCHNITT: REALIEN

§ 3 ZWEI PRAKTISCH VERWENDETE FuE-VERTRAGSMUSTER

Nachstehend werden zwei Vertragsmuster vorgestellt, die je typische Funktionen der Vertrags-FuE repräsentieren, nämlich die Unterstützung einer FuE-Abteilung durch einen Berater und das gemeinsame Durchführen eines oder mehrerer FuE-Programme.

I. FuE-BERATUNGSVERTRAG

Dieser Vertrag regelt das Verhältnis zwischen einem FuE-Geber und einem Berater, der jenem bei der Durchführung eines FuE-Projektes behilflich ist. Der Status des Beraters, auch Konsulent genannt, ist unwesentlich; er kann freiberuflich tätig, aber auch etwa Angehöriger eines Hochschulinstitutes oder Mitarbeiter in einem Unternehmen für Beratungsdienste sein.

Im nachstehenden Vertragsmuster werden zu einzelnen Punkten Alternativen formuliert. Dies gestattet eine flexible Handhabung unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls.

Die Parteien, *Berater* und *FuE-Geber* genannt, sind übereingekommen, dass der *Berater* seine Dienste als freier Mitarbeiter zu folgenden Bedingungen zur Verfügung stellt:

1. Tätigkeit des Beraters

Der *Berater* unterstützt und berät den *FuE-Geber* bei der Durchführung aller im Anhang spezifizierten Arbeiten.¹ Der *Berater* verpflichtet sich nebst seiner Beratungstätigkeit insbesondere auch zur Zusammenarbeit mit festangestellten oder freien Mitarbeitern des *FuE-Gebers* und der mit ihm verbundenen Gesellschaften.

Als "verbundene Gesellschaften" gelten alle im Mehrheitsbesitz des *FuE-Gebers* stehenden Gesellschaften einschliesslich all deren weitere Mehrheitsbeteiligungen.²

2. Vertragsdauer³

A Dieser Vertrag dauert voraussichtlich vom (Datum) bis (Datum). Innerhalb dieser Zeitspanne steht der *Berater* an ungefähr (Anzahl) Tagen zur Verfügung. Die Zeiten und Orte legen die Parteien jeweils in gegenseitigem Einvernehmen fest; sie sollen für beide Seiten annehmbar sein.

Beide Parteien sind berechtigt, diesen Vertrag durch schriftliche Mitteilung an die Gegenpartei unter Beachtung einer dreissigtägigen Frist zu kündigen.

B Dieser Vertrag dauert vom (Datum) bis (Datum). Innerhalb dieser Zeitspanne steht der Berater an (Anzahl) Tagen zur Verfügung. Die Zeiten und Orte legen die Parteien jeweils in gegenseitigem Einvernehmen fest, sie sollen für beide Seiten annehmbar sein.

1 Im Anhang werden der Stand des Projekts, die auszuführenden Arbeiten und die erhofften Ergebnisse ausführlich beschrieben.

2 Entsprechend den Verhältnissen im konkreten Fall kann es angezeigt sein, auch weitere Unternehmen als "verbundene Gesellschaften" zu bezeichnen. Dies kann insbesondere im Fall von Minderheitsbeteiligungen angezeigt sein, die wirtschaftlich beherrscht werden. Auch selbständige Unternehmen können "verbundene Gesellschaften" sein, z.B. weil mit ihnen zusammengearbeitet wird. In diesen Fällen empfiehlt es sich jedoch die betreffenden Unternehmen namentlich aufzuführen.

3 Variante A ist zu wählen wenn der Vertrag kündbar, Variante B, wenn er unkündbar sein soll.

3. Entschädigung⁴

- A. Der *FuE-Geber* vergütet dem *Berater* (Betrag) Fr. für jeden im Rahmen dieses Vertrags geleisteten Arbeitstag. Werden dessen Dienste für weniger als einen Arbeitstag in Anspruch genommen, reduziert sich die Entschädigung im Verhältnis der Anzahl aufgewendeter Stunden zu der Anzahl Stunden eines ganzen Arbeitstages. Zur Berechnung der Arbeitszeiten, die weniger als einen Arbeitstag betragen, wird dieser definiert als Anzahl täglicher Arbeitsstunden derjenigen Geschäftsstelle, für die der *Berater* seine Dienstleistung erbringt. Wird der Vertrag vom *FuE-Geber* gekündigt, stirbt der *Berater* oder wird er unfähig, seine Pflicht zu erfüllen, ist der *FuE-Geber* verpflichtet, dem *Berater* eine Abfindungssumme zu bezahlen. Diese entspricht 10% der Entschädigung, die der *Berater* für die gemäss Ziffer 2 restlichen Arbeitstage erhalten hätte.
- B. Der *FuE-Geber* vergütet dem *Berater* für seine Dienste ein Pauschalhonorar von (Betrag) Fr. , wovon (Betrag) Fr. mit Vertragsbeginn fällig werden; der Rest ist zu gleichen Teilen an folgenden Daten (Angabe der Daten) zahlbar.
- Wird der Vertrag aufgehoben, stirbt der *Berater* oder wird er unfähig, seine Pflicht zu erfüllen, ist der *FuE-Geber* nur zur Bezahlung eines Honorars verpflichtet, das - je nachdem welche Methode für den *Berater* günstiger ist - entsprechend dem Verhältnis der tatsächlichen zur vereinbarten Vertragsdauer oder der geleisteten zur vereinbarten Anzahl Arbeitstage herabgesetzt wird.

4 Variante A. regelt die Entschädigung in Verbindung mit vorn 2.A.
Variante B. regelt die Entschädigung in Verbindung mit vorn 2.B.

C. kann in Verbindung mit B. angewandt werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Dienste des Beraters über die unter 2. vereinbarte Arbeitszeit hinaus in Anspruch genommen wird.

C. Falls der *Berater* auf Verlangen des *FuE-Gebers* über die unter 2. festgelegte Anzahl Arbeitstage hinaus Leistungen erbringt, steht ihm für jeden zusätzlichen Arbeitstag eine Vergütung von (Betrag) Fr. zu. Zusätzliche Dienstleistungen von weniger als einem Arbeitstag werden mit einer im Verhältnis der Anzahl aufgewendeter Stunden zu der Anzahl Stunden eines ganzen Arbeitstages herabgesetzten Summe vergütet. Zur Berechnung der Arbeitszeiten, die weniger als einen Arbeitstag betragen, wird dieser definiert als Anzahl täglicher Arbeitsstunden derjenigen Geschäftsstelle, für die der *Berater* seine Dienstleistung erbringt.

4. Spesenvergütung

Der *FuE-Geber* ersetzt dem *Berater* alle seine vertretbaren Ausgaben für Reise und Unterhalt, zu denen er vom *FuE-Geber* ermächtigt wurde und die im Zusammenhang mit den in diesem Vertrag vereinbarten Dienstleistungen entstanden sind.

5. Rechnungstellung

Der *Berater* hat für seine geleisteten Dienste, sowie für seine Spesenauslagen monatlich Rechnung zu stellen.⁵ Der *FuE-Geber* ist verpflichtet, den ausgewiesenen Betrag innerhalb von (Anzahl) Tagen nach Erhalt der Rechnung zu überweisen.

⁵ In Verträgen, in denen dem *Berater* eine Pauschalsumme vergütet wird, ist "für seine geleisteten Dienste, sowie" wegzulassen.

6. Vertrauliche Informationen

Unter vertraulichen Informationen werden solche verstanden, die dem *FuE-Geber* oder einer mit ihm verbundenen Gesellschaft vom *Berater* mitgeteilt werden oder die jene dem *Berater* mitteilen und die sich auf deren Forschungs-, Entwicklungs- oder sonstigen geschäftlichen Aktivitäten beziehen oder Ergebnisse der Beratertätigkeit betreffen, einschliesslich aller diesbezüglicher Entwürfe, Pläne und sonstiger Unterlagen. Ausgenommen sind Informationen, die der *Berater* zuvor schon gekannt hat, die der *FuE-Geber* oder eine mit ihm verbundene Gesellschaft - vor oder nach der Mitteilung an den *Berater* - veröffentlicht hat, oder die der *Berater* rechtmässig von Dritten erhalten hat. Der *Berater* hat alle vertraulichen Informationen geheimzuhalten und darf diese nicht anders als zum Vorteil des *FuE-Gebers* verwenden. Ohne schriftliche Ermächtigung des *FuE-Gebers* dürfen diese vom *Berater* niemandem, sei es durch Veröffentlichung oder sonstwie, bekanntgegeben werden, ausser allfälligen Mitarbeitern des *Beraters*, soweit diese davon Kenntnis haben müssen.

Nach der Vertragsauflösung, oder nach Vertragsablauf, wird der *Berater* dem *FuE-Geber* alle schriftlichen Unterlagen zurückerstatten, einschliesslich - aber nicht beschränkt auf - Zeichnungen, Pausen, Erläuterungen, Beschriebe und Anweisungen, die vertrauliche Informationen beinhalten.

7. Veröffentlichung, Herausgabe und Urheberrechte⁶

A. Der *Berater* ist mit schriftlicher Zustimmung des *FuE-Gebers*

⁶ Die unter A. aufgeführte Variante ist vorgesehen für Verträge, bei denen sich die Tätigkeit des Konsulenten in blosser Beratung erschöpft. Variante B. ist für die Fälle gedacht, wo vom Berater die Erarbeitung und Lieferung urheberrechtlich geschützten Materials erwartet wird.

berechtigt, alle während der Ausführung seiner vertraglichen Arbeiten erworbenen Kenntnisse, sowie daraus gezogene Schlüsse und Ergebnisse zu veröffentlichen. Die Zustimmung kann von Abänderungen, Auslassungen und vom Zeitpunkt der Veröffentlichung abhängig gemacht werden, soweit dies die Interessen des *FuE-Gebers* rechtfertigen. Der *Berater* seinerseits räumt dem *FuE-Geber* und den mit ihm verbundenen Gesellschaften ein unentgeltliches, weltweites, unwiderrufliches und nicht exklusives Recht auf Wiedergabe und Wiederveröffentlichung des vom *Berater* publizierten Materials ein. Der *FuE-Geber* ist auch berechtigt, überall und jederzeit alle in Verbindung mit vertraglichen Arbeiten gemachten Aufzeichnungen, einschliesslich technischer Anweisungen und Programme, zu kopieren, kopieren zu lassen und zu veröffentlichen.

- B. Der *Berater* stellt dem *FuE-Geber* sofort alle literarischen, künstlerischen und ähnlichen Werke (einschliesslich Berichte, Handbücher, Programme, Anleitungen, Bandaufzeichnungen und Lochkarten) zur Verfügung, die von ihm, seinen Mitarbeitern oder Partnern bei Ausübung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit geschaffen werden. Sämtliche solchen Werke werden als im Auftrag des *FuE-Gebers* hergestellt betrachtet und gehören ausschliesslich diesem. Demzufolge stehen dem *FuE-Geber* und den mit ihm verbundenen Gesellschaften alle Urheber-, Muster- und Modellrechte in eigenem Namen zu. Der *Berater* ist dem *FuE-Geber*, den mit ihm verbundenen Gesellschaften und von ihm bezeichneten Personen bei der Anmeldung und Eintragung dieser Rechte behilflich.

Der *Berater* steht für die Originalität seiner Arbeitsergebnisse und Erzeugnisse ein und verpflichtet sich zur ausschliesslichen Bekanntgabe an den *FuE-Geber*.

8. Erfindungen

Als "Erfindung" wird jede - patentierbare oder nicht patentierbare - Erfindung, Entdeckung oder Verbesserung verstanden, die neu geschaffen oder erstmals in dieser Form praktisch angewandt wird, unabhängig davon ob sie vom *Berater* in Erfüllung seiner vertraglich vereinbarten Dienste allein, zusammen mit seinen Mitarbeitern oder gemeinsam mit einem oder mehreren Angestellten des *FuE-Gebers* gemacht worden ist. Der *Berater* lässt dem *FuE-Geber* unverzüglich eine schriftliche Mitteilung jeder Erfindung zukommen, worin die als neu oder unüblich erachteten besondern Merkmale hervorzuheben sind.

9. Patentrechte⁷

A. Jede Erfindung, ausgenommen solche, die vom *Berater* und allenfalls seinen Mitarbeitern, gemeinsam mit einem oder mehreren Angestellten des *FuE-Gebers* und der mit ihm verbundenen Gesellschaft gemacht werden, gehört dem *Berater*, soweit in diesem Vertrag nichts anderes vorgesehen ist. Dieser erteilt dem *FuE-Geber* für jede solche Erfindung eine Lizenz, einschliesslich des Rechts, die Lizenz auf die mit ihm verbundenen Gesellschaften zu übertragen. Der *Berater* benachrichtigt den *FuE-Geber* unverzüglich darüber, in welchen Ländern er ein Patent anmelden will und meldet das Patent in diesen Ländern sofort an. Dem

7 Die Variante A. ist zu wählen, wenn der Berater voraussichtlich wesentlich an einer möglichen Erfindung beteiligt sein wird. Die Variante B. ist passend, falls der *FuE-Geber* selber Bedeutendes zu allfälligen Erfindungen beiträgt oder der *FuE-Geber* seinerseits die Arbeiten als *FuE-Nehmer* für Dritte ausführt. Für den letzten Fall ist es empfehlenswert, die unter C. aufgeführten Bestimmung aufzunehmen.

FuE-Geber sind Kopien jeder Anmeldung und aller diesbezüglichen amtlichen Papiere zuzustellen.

Der *FuE-Geber* oder ein von ihm Bezeichneter ist berechtigt, in all den Ländern Patente anzumelden, wo der *Berater* darauf verzichtet. Die Patente lauten jeweils auf den Namen des Anmeldenden. Der *Berater* erteilt dem *FuE-Geber* für jedes Land eine Lizenz, in dem er ein Patent aufgrund einer solchen Erfindung angemeldet hat, einschliesslich des Rechts zur Weitervergabe der Lizenz an die mit diesem verbundenen Gesellschaften. Meldet der *FuE-Geber* Patente in einem oder mehreren Ländern an, in denen der *Berater* auf ein Patent verzichtet hat, räumt er diesem auf Verlangen darauf basierende Lizenzen ein.

Verzichtet der *Berater* ganz auf eine Patentanmeldung, gibt er dem *FuE-Geber* unverzüglich davon Kenntnis, worauf dieser oder ein von ihm Bezeichneter Patente in seinem Namen anmelden kann. Auf Verlangen werden dem *Berater* gestützt auf diese Patente Lizenzen erteilt.

Gemeinschaftserfindungen des *Beraters*, seiner allfälligen Mitarbeiter und eines oder mehrerer Angestellten des *FuE-Gebers* und der mit ihm verbundenen Gesellschaften gehören den Parteien gemeinsam; die mit dem Patenterwerb verbundenen Kosten tragen die Parteien entsprechend zu gleichen Teilen. Jede Partei ist berechtigt, Dritten Lizenzen zu vergeben, ohne die andere Partei am Ertrag zu beteiligen. Verzichtet eine Partei in einem Land auf die Patentanmeldung oder beteiligt sich nicht zur Hälfte an den daraus entstehenden Kosten, steht der andern das Recht zu, das Patent in eigenem Namen und auf eigene Kosten anzumelden. Die verzichtende Partei verliert in dem betreffenden Land jeden Anspruch aus dem Patent.

Der *Berater* gewährt dem *FuE-Geber* und den von ihm Bezeichneten die für den Erwerb der Patente erforderliche Unterstützung; so ist er insbesondere bereit, die dazu benötigten Unterschriften zu leisten, sowie bei der Erstellung aller Unterlagen behilflich zu sein, die der *FuE-Geber* oder von ihm Bezeichnete zur Verwirklichung der unter dem Titel "Patentrechte" verfolgten Absicht als notwendig oder nützlich erachtet. Ueber die nach den hier festgelegten Bestimmungen gewährten Lizenzen von ausländischen Patenten wird eine separate Urkunde erstellt.

Alle gemäss den Bestimmungen dieser Klausel gegenseitig erteilten Lizenzen werden ohne Entschädigung abgegeben und gelten weltweit und sind nicht exklusiv, nicht übertragbar und unwiderruflich.

Dem Lizenznehmer ist es gestattet, irgendwelche Erzeugnisse herzustellen, herstellen zu lassen, zu gebrauchen, zu vermieten, zu verkaufen oder sonstwie andern zugänglich zu machen und alle der Produktion dienenden Verfahren anzuwenden oder anwenden zu lassen, die eine Verwertung einer gemäss den Bestimmungen dieser Klausel patentierten Erfindung darstellen.

Von solchen Patenten einer der beiden Parteien, die für Erfindungen erteilt worden sind, die nicht auf eine in dieser Klausel erwähnte Art zustandegekommen sind, braucht der andern Partei keine Lizenz erteilt zu werden.

- B. Die Rechte an allen vom *Berater* gemachten Erfindungen stehen dem *FuE-Geber* oder dessen Rechtsnachfolger zu, unabhängig davon, ob darauf beruhende Patente bestehen oder angemeldet werden. Der *Berater* hat auf Anweisung des *FuE-Gebers* und auf dessen Kosten in den von diesem bestimmten Ländern mit Unterstützung der vom *FuE-Geber* bezeichneten Personen Patente anzumelden und diese unverzüglich auf den *FuE-Geber* zu übertragen.

Der *Berater* hat den *FuE-Geber* oder die von ihm bezeichneten Personen bei der Patentanmeldung und den ihr vorangehenden Vorbereitung im Rahmen des Zumutbaren zu unterstützen. Er verpflichtet sich insbesondere, die erforderlichen Unterschriften zu leisten und hilft bei der Erstellung aller Dokumente und Unterlagen, die dem *FuE-Geber* für die Patentanmeldung erforderlich oder nützlich erscheinen.

Der *FuE-Geber* erteilt dem *Berater* für die Schweiz eine unentgeltliche, nicht exklusive, unwiderrufliche und unübertragbare Lizenz für alle Erfindungen, die dieser allein, zusammen mit seinen Mitarbeitern oder gemeinsam mit einem oder mehreren Angestellten des *FuE-Gebers* gemacht hat; ausgenommen davon sind Muster- und Modell-Lizenzen.

- C. Der *Berater* nimmt zur Kenntnis, dass alle im Anhang zu diesem Vertrag aufgeführten Arbeiten, zu dessen Unterstützung der *Berater* zugezogen wird, vom *FuE-Geber* im Auftrag des/der (Name oder Firma) durchgeführt werden. Der *Berater* verpflichtet sich, alles zur Erfüllung des oben erwähnten Vertrages zu unternehmen und den *FuE-Geber* in seiner Absicht zu unterstützen, die im oben erwähnten Vertrag eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen.

10. Entgegenstehende Vereinbarungen

Der *Berater* Bestätigt, dass er an keine diesem Vertrag widersprechende Pflichten gebunden ist und dass er keine solchen Pflichten übernehmen wird.

11. Verhältnis des Beraters zu seinen allfälligen Mitarbeitern⁸

Der *Berater* erklärt, dass er mit jedem seiner Mitarbeiter - Partner oder Angestellter - eine Vereinbarung getroffen hat, die es ihm ermöglicht, allen Bestimmungen dieses Vertrags gerecht zu werden, oder dass er vor Beginn der Arbeiten eine solche Vereinbarung treffen wird.

12. Vertragsänderungen

Aenderungen dieses Vertrages bedürfen zur Gültigkeit der Schriftform. Mündliche Absprachen und Vereinbarungen der Parteien oder ihrer Mitarbeiter können keine Vertragsänderung bewirken.

13. Anwendbares Recht

Dieser Vertrag untersteht schweizerischem Recht. Zuständig für die Behandlung von Streitfällen sind die ordentlichen Gerichte am Sitz des *FuE-Gebers*.

⁸ Diese Bestimmung ist in den Vertrag aufzunehmen, wenn der Berater mit Partnern zusammenarbeitet oder wenn er Angestellte beschäftigt. Sofern nicht bestimmt wird, dass der Berater die vertraglichen Leistungen ausschliesslich persönlich zu erbringen hat, kann die Aufnahme dieser Bestimmung im Hinblick auf eine künftige Partnerschaft bzw. Geschäftserweiterung sinnvoll sein.

II. FUE-PARTNERSCHAFTSVERTRAG

Nachstehend wird ein Vertrag wiedergegeben, worin sich drei Parteien zur gemeinsamen Finanzierung und Leitung nachträglich zu bestimmender FuE-Projekte verpflichten, deren Durchführung jeweils der dafür am besten geeigneten Partei obliegt. Diese an sich zweckmässige Lösung ist vor allem für eine kleine Zahl Vertragspartner empfehlenswert. Bei einer grossen Zahl Parteien und zur Verwirklichung umfangreicher Vorhaben wird es wohl einfacher und deshalb wirtschaftlicher sein, gemeinsam ein FuE-Labor zu errichten und zu betreiben oder eine rechtlich selbständige FuE-Gesellschaft zu gründen.

Neben den teilweise komplizierten Verträgen für Gemeinschafts-FuE gibt es auch verhältnismässig einfache, etwa wenn zwei Parteien die gemeinsame Durchführung eines FuE-Projektes vereinbaren, wobei es gleichgültig ist, ob sich diese über das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses bewusst sind.

§ 1

- 1) Die unterzeichneten Parteien vereinbaren, auf folgenden Gebieten gemeinsam FuE-Arbeiten zu finanzieren und durchzuführen:
.....
.....
.....
- 2) Die Parteien bestimmen je einen bevollmächtigten Vertreter als Projektleiter. Die Projektleiter legen gemeinsam die einzelnen FuE-Projekte und die dazugehörigen Programme nach folgendem Schema fest:
Beschreibung der geplanten Arbeiten,
heutiger Stand der Kenntnisse,
Ziel der geplanten Arbeiten,
Bedeutung der Ergebnisse,
Umfang der geplanten Arbeiten mit Kosten und Terminplänen.

Ein Projekt wird nur dann ausgeführt, wenn es von allen drei Projektleitern genehmigt worden ist.

- 3) Die genehmigten Projekte werden von den Projektleitern dem unter Berücksichtigung des Know-How, der Einrichtungen und der Kapazität am besten geeigneten Partner zur Durchführung zugewiesen.

§ 2

- 1) Die Kosten eines Projekts dürfen den budgetierten Betrag ohne ausdrückliche Zustimmung der Projektleiter nicht übersteigen. Sobald sich eine Ueberschreitung der budgetierten Summe abzeichnet, ist dies den Parteien unverzüglich mitzuteilen.

- 2) Die Kosten werden im einzelnen wie folgt berechnet:

- a) Tagesverrechnungssätze für geleistete Arbeitstage differenziert nach Mitarbeiterkategorien. In den Verrechnungssätzen sind die Personalkosten und die normalerweise durch den Betrieb des Labors entstehenden Gemeinkosten eingeschlossen.

Mitarbeiterkategorien:	Tagessätze Fr.
------------------------	----------------

wissenschaftliche Mitarbeiter

Ingenieure

Labortechniker

Labormechaniker

Die Tagessätze gelten für das Jahr Für die folgenden Jahre sind sie jeweils bis spätestens 31. 10. des vorhergehenden Jahres zu vereinbaren.⁹

Die Zahl der geleisteten Arbeitstage ist getrennt nach Mitarbeiterkategorien zu Kontrollzwecken täglich schriftlich festzuhalten.

⁹ Als Variante zur jährlichen Anpassung der Tagessätze durch Vereinbarung kann auch eine Bindung an einen Index (z.B. Lohnkostenindex) stipuliert werden.

- b) Besondere Einzelkosten können gegen Nachweis berechnet werden.¹⁰ Die Zustimmung der Projektleiter ist einzuholen. In jedem Fall sind besondere Einzelkosten Bestandteil des budgetierten Betrages. Wird dieser durch die Anerkennung besonderer Einzelkosten überschritten, haben die Projektleiter gemäss § 2 Abs. 3 über den Fortgang der Arbeiten zu befinden.
- 3) Falls bei Erreichen der budgetierten Kosten das Ziel der Arbeiten noch nicht erreicht sein sollte, entscheiden die Projektleiter, ob und gegebenenfalls wie die Arbeiten fortgeführt werden sollen. Ist jedoch das Ziel der Arbeiten vor Erreichen der budgetierten Kosten erreicht, tragen die Parteien nur die bis dahin verursachten Kosten.
- 4) Die anfallenden Kosten sind von den Parteien zu gleichen Teilen zu tragen. Die jeweils ausführende Partei wird den beiden andern Parteien für jedes Kalenderquartal eine Rechnung ausstellen, die sofort ohne Abzug zur Zahlung fällig ist. Gegenseitige Ansprüche werden verrechnet.

§ 3

- 1) Die jeweils ausführende Partei verpflichtet sich, auf die ihr zugewiesenen Arbeiten alle Sorgfalt zu verwenden, die für eine sinnvolle Durchführung notwendig ist.
- 2) Eine weitergehende Haftung sowie eine Gewähr für die Erreichung des angestrebten Zieles übernimmt die ausführende Partei jedoch nicht.

§ 4

- 1) Erfindungen, die Arbeitnehmer der ausführenden Partei im Zusammenhang mit Arbeiten machen, die unter diesen Vertrag

¹⁰ Allenfalls kann auch eine obere Limite der Entschädigungsberechtigung im einzelnen Fall oder gesamthaft vereinbart werden.

fallen, werden den beiden andern Parteien unverzüglich nach Meldung durch den Arbeitnehmer schriftlich zur Kenntnis gebracht und gehen anteilig in ihr Miteigentum ein.

- 2) Die Durchführung von Schutzrechtsanmeldungen übernimmt die jeweils ausführende Partei in ihrem Namen fiduziä¹¹risch für die Auftraggeber.
- 3) Die Kosten der Schutzrechtsausarbeitungen und -anmeldungen fallen nicht unter die budgetierten Kosten gemäss § 2 Abs. 2; sie werden von allen Parteien zu gleichen Teilen getragen. Die jeweils ausführende Partei erstellt zu diesem Zweck eine Abrechnung aller mit dem Erwerb des Schutzrechtes zusammenhängender Kosten.
- 4) Allfällige, aus diesen Erfindungen sich ergebende Fragen (z.B. Verzicht auf Schutzrechte, Anmeldung von Auslandpatenten, Erfindungsvergütungen) werden nach Massgabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen im Einvernehmen mit den beiden andern Parteien durch die jeweils ausführende Partei geregelt. Die sich daraus ergebenden Kosten sollen in der in § 4 Abs. 3 erwähnten Abrechnung enthalten sein.

§ 5

- 1) Die jeweils ausführende Partei verpflichtet sich, alle im Zusammenhang mit diesem Vertrag erzielten Ergebnisse und gewonnenen Erkenntnisse nur den Vertragsparteien zur Verfügung zu stellen und sie ohne deren Erlaubnis weder direkt noch indirekt zu verwerten, zu veröffentlichen oder an Dritte bekanntzugeben.

¹¹ Zur Durchsetzung einer einheitlichen Schutzrechtspolitik können die Parteien auch verpflichtet werden, einen bestimmten Dritten mit der Schutzrechtsanmeldung zu beauftragen.

- 2) Der jeweils ausführenden Partei wird jedoch die generelle Ermächtigung erteilt, die FuE-Ergebnisse im Rahmen von wissenschaftlichen Publikationen und Vorträgen in dem bei solchen Gelegenheiten üblichen Masse bekanntzugeben; sie ist jedoch verpflichtet, darauf zu achten, dass dadurch keine Interessen der andern Partei verletzt werden. Bestehen hierüber im Einzelfall Zweifel, so ist die Veröffentlichung den Projektleitern zum Entscheid vorzulegen.
- 3) Jede Partei ist berechtigt, die FuE-Ergebnisse zu nutzen. Kommen die Parteien überein, das Nutzungsrecht exklusiv einem oder zweien unter ihnen einzuräumen, so ist/sind die verzichtende/n Partei/en durch die Partei/en angemessen zu entschädigen, der/denen das exklusive Nutzungsrecht eingeräumt wird.
- 4) Jede Partei ist berechtigt, die FuE-Ergebnisse den konzerneigenen Gesellschaften zur Nutzung zu überlassen.

§ 6

- 1) Die jeweils ausführende Partei wird die Tatsache, dass Arbeiten im Rahmen dieses Vertrages durchgeführt werden bzw. durchgeführt worden sind, gegenüber Dritten vertraulich behandeln. Die Konzerngesellschaften der Parteien gelten nicht als Dritte im Sinne dieses Absatzes.
- 2) Die Ergebnisse der Arbeiten werden laufend innert 2 Monaten nach jedem Kalenderquartal anlässlich von Besprechungen der Projektleiter und innert derselben Frist nach Jahresende durch einen ausführlichen Abschlussbericht übermittelt. Gegenstand der Berichte sind auch nicht erfolgreiche Versuche und Ergebnisse.

§ 7

Aenderungen und Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform.

§ 8

Dieser Vertrag untersteht schweizerischem Recht. Ueber allfällige Streitigkeiten entscheidet ein dreiköpfiges Schiedsgericht, dessen Präsident und Mitglieder vom zürcherischen Handelsgerichtspräsidenten bestimmt werden.

§ 4 EIN BEISPIEL ALLGEMEINER VERTRAGSBEDINGUNGEN FUER FuE-VERTRAEGE

Nachstehend werden die vom Bundesminister für Forschung und Technologie erlassenen "Bestimmungen für Forschungs- und Entwicklungsverträge" wiedergegeben.¹ Soweit sich diese ausschliesslich auf deutsches, dem schweizerischen widersprechendes Recht oder auf tatsächliche Verhältnisse in Deutschland, die von den schweizerischen abweichen, beziehen, sind sie durch Bestimmungen mit gleicher Funktion ersetzt oder weggelassen worden.

In der Schweiz sind 1976 den "Bestimmungen" vergleichbare "Allgemeine Geschäftsbedingungen der Bundesverwaltung für Experten und Beauftragte (AGB)" gestützt auf die Verordnung des Bundesrates über die Entschädigung für Kommissionsmitglieder, Experten und Beauftragte vom 1. Oktober 1973 herausgegeben worden. Den deutschen "Bestimmungen" wurde hier der Vorzug gegeben, weil für eine Vielzahl von Fragen ins Einzelne gehende Lösungen gezeigt werden und besser illustriert wird, welche verschiedenartige Punkte beim Abschluss eines FuE-Vertrages bedeutsam sein können. Darüberhinaus darf die darin enthaltene Verteilung von Rechten und Pflichten wohl als ausgewogen gelten, wobei allerdings die spezielle Interessenlage des staatlichen FuE-Gebers zu berücksichtigen ist, welche durch den Umstand geprägt ist, dass sich dieser anders als private FuE-Geber nur selten Wettbewerbern gegenüberübersieht.² Deshalb können abweichende Regelungen, insbesondere was die Zuweisung der Rechte an den Ergebnissen anbelangt, durchaus gerechtfertigt sein.

1 Die hier vorgestellten Bestimmungen entsprechen dem Stand vom 1. Dezember 1975 in der Fassung vom 15. Oktober 1976. Die im Originaltext verwendeten Abkürzungen werden hier nicht verwendet oder der in dieser Arbeit gewählten Form angeglichen.

2 Dies kann etwa bei staatlichen Regiebetrieben (z.B. SBB) der Fall sein.

§ 1

Aufgabenstellung des FuE-Vorhabens

(1) Die Aufgabenstellung des FuE-Vorhabens kann Forschungs- und/oder Entwicklungsarbeiten technischer, aber auch sonstiger Art, wie z.B. Systemstudien, Kosten-Nutzen-Analysen und sozialwissenschaftliche Studien beinhalten. Sie ist im einzelnen im FuE-Vertrag beschrieben. Soweit dort nichts anderes bestimmt ist, es zur Durchführung des FuE-Vorhabens notwendig ist und nicht auf andere Weise wirtschaftlicher erreicht werden kann, umfasst sie bei technischen FuE-Arbeiten auch die Entwicklung von Werkstoffen, Bauelementen, Baugruppen und deren Herstellung.

(2) Zur Aufgabenstellung des FuE-Vorhabens gehört auch die Fertigung von Konstruktionsunterlagen, Zeichnungen, wissenschaftlichen und technischen Berechnungsunterlagen sowie eine eingehende Beschreibung der Baumuster (Prototypen) mit - soweit der Gegenstand es zulässt - vorläufigen Bedienungs-, Wartungs- und Instandsetzungsanweisungen.

§ 2

Beginn des FuE-Vorhabens

Das FuE-Vorhaben beginnt mit dem Inkrafttreten des FuE-Vertrages. Werden im FuE-Vertrag auftragsbezogene Kosten des Auftragnehmers ab einem bestimmten Zeitpunkt anerkannt (§ 3 Abs. 4 des FuE-Vertrages), so beginnen die Rechte und Pflichten der Vertragspartner aus dem FuE-Vertrag mit diesem Tag, soweit sie nicht durch Zeitablauf gegenstandslos geworden sind.

§ 3

Arbeitsprogramme

Ergänzend zu dem Arbeitsprogramm mit Vorkalkulation für das Gesamtvorhaben und den detaillierten Arbeitsprogrammen für das laufende und das darauffolgende Kalenderjahr (Anlagen A bis C des FuE-Vertrages) hat der FuE-Nehmer bei einer mehr als zweijährigen Laufzeit des FuE-Vertrages für die weiteren Kalenderjahre jeweils bis zum 1. Oktober des vorhergehenden Kalenderjahres detaillierte Arbeitsprogramme in fünffacher Ausfertigung zur Zustimmung vorzulegen. Das gilt nicht, soweit der

FuE-Vertragnehmer diese Unterlagen bereits vor Vertragsabschluss vorgelegt hat. Abweichungen vom Arbeitsprogramm sind dem FuE-Geber unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Soweit es sich um wesentliche Abweichungen handelt, die die Zweckbindung der Vergütung berühren, bedürfen diese Abweichungen vor Ausführung der Zustimmung des FuE-Gebers. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn der FuE-Geber ihre Erteilung nicht innerhalb von sechs Wochen nach Beantragung schriftlich abgelehnt hat. Der FuE-Nehmer und der FuE-Geber werden sich gemeinsam bemühen, diese Frist zu verkürzen, sofern dies erforderlich wird, um Unterbrechungen zu vermeiden.

§ 4

Durchführung des FuE-Vorhabens

(1) Der FuE-Nehmer hat bei der Durchführung des FuE-Vorhabens den nach besten Kräften erreichbaren neuesten Stand der Wissenschaft und Technik zugrunde zu legen und die eigenen Kenntnisse und Erfahrungen zu bewerten. Die wissenschaftlichen und technischen Informations- und Dokumentationsdienste (Anlage 1) sind zu benutzen.

(2) Der FuE-Nehmer hat das FuE-Vorhaben in engem Kontakt mit dem FuE-Geber oder seinen Beauftragten durchzuführen.

(3) Der FuE-Geber oder seine Beauftragten sind berechtigt, während der üblichen Geschäftszeit den Fortgang der Arbeiten zu beobachten, alle hierfür notwendigen Unterlagen einschliesslich Aufzeichnungen über Material und Arbeitsaufwand einzusehen und die Einhaltung der technischen Bedingungen zu überwachen. Der FuE-Geber ist berechtigt, auf seine Kosten beim FuE-Nehmer Entwicklungs- und Bauaufsichten einzurichten.

(4) Der FuE-Nehmer hat bei Durchführung des FuE-Vorhabens schriftlich Anregungen des FuE-Gebers nach Möglichkeit zu berücksichtigen.

(5) Stellt der FuE-Geber dem FuE-Nehmer Anregungen, Vorschläge und sonstige Beiträge (z.B. Erfindungen) zur Förderung der FuE-Aufgabe zur Verfügung, so ist dies vom FuE-Geber schriftlich festzuhalten und vom FuE-Nehmer schriftlich zu bestätigen.

(6) Soweit nicht ausnahmsweise besondere Gründe entgegenstehen, wird der FuE-Geber sich bemühen, auf Antrag den FuE-Nehmer über praktische Versuche und die dadurch gewonnenen Erfahrungen zu unterrichten und ihn zu derartigen Versuchen - auch nach Beendigung des FuE-Vetrages - auf seinen Wunsch hinzuzuziehen. Die dadurch entstehenden Kosten trägt der FuE-Nehmer.

§ 5

Zweckbindung

(1) Die Vergütung darf nur zur Erfüllung des im FuE-Vertrag festgelegten Zwecks verwendet werden.

(2) Der FuE-Nehmer darf die Vergütung grundsätzlich nur entsprechend der Vorkalkulation verwenden. Abweichungen von den Ansätzen der Vorkalkulation sind nur zulässig, wenn sie sich im Rahmen der Vergütung halten, den Umfang des FuE-Vorhabens nicht einschränken und für seine erfolgreiche Durchführung erforderlich sind. Die für die Beschaffung und Herstellung von Sonderbetriebsmitteln und -vorrichtungen (§ 9) veranschlagten Kosten einschliesslich der darauf entfallenden Zuschläge dürfen für andere Zwecke nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des FuE-Gebers verwendet werden.

(3) Weitergehende Abweichungen bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers.

§ 6

Gesetzliche Bestimmungen, Verpflichtungs-
und Haftungsausschlüsse

(1) Der FuE-Vertrag lässt zwingende gesetzliche Bestimmungen und behördliche Anordnungen unberührt und befreit insbesondere nicht von den Erfordernissen behördlicher Erlaubnisse.

(2) Der FuE-Geber darf durch die Durchführung des FuE-Vorhabens Dritten gegenüber nicht verpflichtet werden, soweit sich aus dem FuE-Vertrag und diesen Bestimmungen nicht etwas anderes ergibt.

(3) Der FuE-Geber haftet nicht für Schäden aller Art des FuE-Nehmers oder Dritter, die aus der Durchführung des FuE-Vorhabens entstehen. Wird er für solche Schäden haftbar gemacht, so hält ihn der FuE-Nehmer schadlos. Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit der FuE-Geber diese Schäden verschuldet hat.

§ 7

Abrechnung nach Selbstkosten

(1) Nach Massgabe des FuE-Vertrages und dieser Bestimmungen dürfen nur die durch das FuE-Vorhaben verursachten, angemessenen und nachzuweisenden Selbstkosten verrechnet werden, die bei wirtschaftlichem Verhalten zur Durchführung des FuE-Vorhabens erforderlich sind. Es dürfen nur die Kosten abgerechnet werden, die in dem im FuE-Vertrag festgelegten Zeitraum entstanden sind.

(2) ausgelassen

(3) Der FuE-Nehmer ist zur Führung eines geordneten Rechnungswesens verpflichtet. Dieses muss jederzeit die Feststellung der Kosten und Leistungen, die Abstimmung der Kosten- und Leistungsrechnung mit der Aufwands- und Ertragsrechnung und die Ermittlung von Selbstkosten ermöglichen. Ergibt sich bei der Preisprüfung, dass der FuE-Nehmer nicht über ein geordnetes Rechnungswesen verfügt, so wird das gesamte FuE-Vorhaben nach den vom FuE-Nehmer nachzuweisenden, nicht vermögenswirksamen Ausgaben und den Ausgaben für Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen abgerechnet, soweit sie dem FuE-Vorhaben als wirtschaftlich angemessen zugerechnet werden können.

§ 8

Bestimmungen zu einzelnen Kostenarten

(1) Bei Einzelkaufleuten und Personengesellschaften darf als Entgelt für die Leistungen der ohne feste Entlohnung tätigen Unternehmer ein kalkulatorischer Unternehmerlohn in der im FuE-Vertrag festgesetzten Höhe monatlich für jeden Unternehmer in der Kostenrechnung des gesamten Unternehmens berücksichtigt werden.

(2) Kosten der freien Forschung und Entwicklung dürfen nur bis zu 5 v.H. der Selbstkosten voll angesetzt werden. Soweit diese Kosten den Satz von 5 v.H. übersteigen, darf der übersteigende Betrag zur Hälfte angesetzt werden. Insgesamt dürfen jedoch nicht mehr als 12,5 v.H. der Selbstkosten verrechnet werden.

(3) Für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals dürfen 6 v.H. kalkulatorische Zinsen verrechnet werden. Der FuE-Geber behält sich vor, den kalkulatorischen Zinssatz allgemein durch öffentliche Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom Beginn des folgenden Kalenderjahres oder Geschäftsjahres an zu ändern.

(4) Kalkulatorische Kosten für Einzelwagnisse dürfen nur in besonders begründeten Ausnahmefällen angesetzt werden.

§ 9

Sonderbetriebsmittel, -vorrichtungen und -anlagen

- (1) a) Sonderbetriebsmittel sind die unter Nr. 14 LSP³ fallenden Gegenstände.
- b) Sondervorrichtungen sind andere Gegenstände, die ausschliesslich für die Durchführung des FuE-Vorhabens bestimmt sind und weder zur betriebsüblichen Grundausrüstung gehören noch wesentliche Bestandteile eines Grundstücks werden.
- c) Sonderanlagen sind solche Anlagen, die ausschliesslich für die Durchführung des FuE-Vorhabens bestimmt sind, nicht zur betriebsüblichen Grundausrüstung gehören und die wesentliche Bestandteile eines Grundstücks werden.

(2) Die Gegenstände nach Absatz 1 dürfen nur in dem für die Durchführung des FuE-Vorhabens unbedingt erforderlichen Umfang angeschafft oder hergestellt werden. Werden sie jedoch während der Durchführung des FuE-Vorhabens auch für Aufträge Dritter benutzt, so hat der Auftragnehmer - bei Sonderanlagen, sofern Sonderabschreibungen vereinbart sind - die anteilige verbrauchsbedingte kalkulatorische Abschreibung und kalkulatorische Verzinsung einschliesslich der darauf verrechneten Zuschläge dem FuE-Vorhaben gutzuschreiben.

3 LSP ist die Abkürzung für Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953)

(3) Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen dürfen bei der Anschaffung oder Herstellung voll als Kosten verrechnet werden. Geleistete An- und Vorauszahlungen gelten bereits bei ihrer Zahlung als Kosten. Ueber die Verrechnung von Sonderanlagen sind besondere Vereinbarungen zu treffen. Soweit solche nicht getroffen werden, sind die Sonderanlagen wie allgemeine Anlagen zu behandeln.

(4) Abweichungen von der Anlage C Liste der nach der Vorkalkulation vorgesehenen Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen⁴ bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers. Die in einem Abrechnungszeitraum angeschafften oder hergestellten Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen sind in einer Liste zu erfassen, die dem Kostennachweis nach § 12 beizufügen ist.

(5) Der FuE-Nehmer darf Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über die Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen vor Abschluss des in den Absätzen 7 und 8 vorgesehenen Verfahrens nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des FuE-Gebers eingehen.

(6) Auf Verlangen hat der FuE-Nehmer die Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen dem FuE-Geber zu übereignen.

a) Der FuE-Nehmer bietet dem FuE-Geber unwiderruflich und unbefristet an

- die Einigung über den Eigentumsübergang,

- als Ersatz für die Uebergabe die Vereinbarung, dass der FuE-Nehmer die Gegenstände für den FuE-Geber unentgeltlich verwahrt oder als Entleiher nutzt.

b) Die in das Eigentum des FuE-Gebers übergangenen Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen sind unverzüglich als Eigentum des FuE-Gebers zu inventarisieren und mit einer Inventarnummer zu versehen.

c) Der FuE-Geber kann jederzeit ihre Herausgabe verlangen. Er ist vor Beendigung des FuE-Vorhabens zur Uebernahme nicht verpflichtet.

4 sinngemässe Abänderung durch den Autor.

- d) Der FuE-Nehmer hat die dem FuE-Geber zu übereignenden Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen frei von Rechten Dritter zu verschaffen.
- e) Der FuE-Nehmer hat die in das Eigentum des FuE-Gebers übergegangenen Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen pfleglich zu behandeln. Er räumt dem FuE-Geber das Recht ein, die Verwendung und den Zustand der Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen zu überwachen. Er haftet für Vernichtung, Beschädigung, Verlust oder sonstiges Abhandekommen der Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen. Soweit diese Risiken nicht durch eine allgemeine Versicherung abgedeckt sind, kann er sie gegen Erstattung der Kosten versichern, jedoch mit der Massgabe, dass im Schadensfalle die Versicherungsleistung an den FuE-Geber zu bewirken ist.
- f) Der FuE-Nehmer kann gegenüber dem FuE-Geber Ansprüche aufgrund von Schäden, die ihm aus der Verwahrung oder Leihe entstehen, nicht geltend machen. Er ist jedoch berechtigt, sich auf Kosten des FuE-Gebers insoweit zu versichern, als diese Risiken über den betriebsüblichen Rahmen hinausgehen. Geht die Verwahrung oder Leihe über die Beendigung des FuE-Vorhabens hinaus, so sind besondere Vereinbarungen zu treffen.
- (7) Nach Ablauf des FuE-Vertrages ist zu vereinbaren, ob und inwieweit für Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen, die im Eigentum des FuE-Nehmer verbleiben, wegen einer weiteren Nutzungsmöglichkeit dem FuE-Vorhaben ein Restwert gutzuschreiben ist. Ist eine weitere Nutzung - auch nach Umbau oder durch Dritte - nicht möglich, so ist der bei der Verschrottung sich ergebende Reinerlös gutzuschreiben. Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber seine Vorschläge in bezug auf weitere Verwendung und Restwerte der Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen unverzüglich nach Ablauf des FuE-Vertrages auf beiliegendem Muster (Anlage 2) mitzuteilen.
- (8) Kommt eine Einigung nicht zustande, so ist der FuE-Geber berechtigt, die Uebereignung und Herausgabe dieser Sonderbetriebsmittel und -vorrichtungen zu verlange.

(9) weggelassen

§ 10

Flugreisen, Luftfrachten und Auslandsreisen

(1) weggelassen

(2) weggelassen

(3) Reisen in das aussereuropäische Ausland, die als Sondereinzelkosten verrechnet werden, bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers. In dem Antrag sind Name und Tätigkeit des Reisenden sowie Zweck, Ziel, Dauer und Kosten der Reise anzugeben. Die Notwendigkeit der Reise ist zu begründen. Die vorherige schriftliche Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn die vorstehenden Angaben bereits bei der Angebotsabgabe gemacht wurden.

§ 11

Aufträge an Dritte

(1) Der FuE-Nehmer hat die vorherige schriftliche Zustimmung des FuE-Gebers einzuholen, wenn er bei der Durchführung des Vorhabens Aufträge an Dritte mit wesentlichem Umfang vergeben will. Als wesentlicher Umfang gilt, wenn die Vergütung für den Einzelauftrag 20 v.H. der veranschlagten Gesamtkosten des FuE-Vorhabens oder 50.000.-- DM übersteigt. Die vorstehende Verpflichtung entfällt bei Aufträgen, deren Auftragnehmer bereits bei der Angebotsabgabe benannt worden sind und bei marktgängigen Leistungen.

(2) Der FuE-Nehmer hat Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige Anbieter nach wettbewerblichen Gesichtspunkten zu wirtschaftlichen Bedingungen zu vergeben. Soweit möglich sind dazu mindestens drei Angebote einzuholen.

(3) Falls Beschaffungsaufträge - auch mit einem Entwicklungsanteil bis zu 25 v.H. der Vergütung - nicht zu Marktpreisen vergeben werden können, ist bei der Vergabe im Inland ein Selbstkostenpreis gemäss dem geltenden Preisrecht zu vereinbaren. Beschaffungsaufträge mit einem Entwicklungsanteil von über 25 v.H. der Vergütung sind wie FuE-Aufträge nach Absatz 4 zu behandeln.

(4) Bei der Vergabe von FuE-Aufträgen an Subunternehmer gelten dieselben Grundsätze, wie sie diesem Vertrag zugrundeliegen. Falls der einzuschaltende Dritte die Erklärung nicht abgeben kann, dass er über ein geordnetes Rechnungswesen verfügt (vgl. vorn § 7 (3)), sind die Vertragsmodalitäten zwischen FuE-Geber und FuE-Nehmer abzustimmen.

(5) weggelassen

(6) weggelassen

5 Sinngemässe Abänderung durch den Autor.

(7) Auf Verlangen hat der FuE-Nehmer bei der Durchführung des FuE-Vorhabens vom FuE-Geber bestimmte Anlagen und Einrichtungen (z.B. Rechen- und Versuchsanlagen) zu benutzen. Das gilt nicht, wenn der FuE-Nehmer solche Anlagen und Einrichtungen selbst besitzt.

§ 12

Zahlungen

(1) Der FuE-Geber wird nach Unterzeichnung des FuE-Vertrages folgende Zahlungen leisten:

- a) nach Vorlage eines Kostennachweises die bis zum Vertragsabschluss entstandenen Vorkosten, sofern eine Verrechnung dieser Kosten im FuE-Vertrag vereinbart wurde:
- b) nach Vorlage einer Kostenschätzung zur Mitte des Kalendervierteljahres eine Abschlagszahlung. Bei der Vorlage der Kostenschätzung für das nächste Kalendervierteljahr ist der Kostennachweis für das vorangegangene Kalendervierteljahr beizufügen. Ueber- oder Unterzahlungen aus dem vorangegangenen Kalendervierteljahr werden bei der Abschlagszahlung für das laufende Kalendervierteljahr ausgeglichen. Beginnt das FuE-Vorhaben nicht am Anfang eines Kalendervierteljahres oder fällt der Zeitpunkt bis zu dem die Vorkosten nach Buchstabe a abgerechnet werden, nicht auf den Anfang eines Kalendervierteljahres, so werden die Kosten des Zeitraumes bis zu Beginn des nächsten Kalendervierteljahres nach Vorlage eines Kostennachweises mit der nächsten Abschlagszahlung gezahlt. Endet das FuE-Vorhaben nicht am Schluss eines Kalendervierteljahres, so verringert sich der Zeitraum für die letzte Abschlagszahlung entsprechend:
- c) eine etwaige Abschlusszahlung nach Vorlage einer endgültigen Schlussrechnung.

Der feste Gewinn (§ 3 Abs. 3 des FuE-Vertrages) ist im Verhältnis zu den Selbstkosten anteilmässig zu verrechnen. Die Kostenschätzungen und Kostennachweise sind in summarischer Form nach den Ansätzen der Vorkalkulation zu gliedern.

(2) Ueberzahlungen bei den laufenden Abschlagszahlungen nach Absatz 1 Buchst. b sind vom FuE-Nehmer pauschal für je ein Kalendervierteljahr mit 2 v.H. zu verzinsen. Die Zinsen werden bei der nächsten Abschlagszahlung vom FuE-Geber einbehalten. Zinsbeträge bis zu 100.--DM bleiben unberücksichtigt. Der FuE-Geber behält sich vor, bei wiederholter Anforderung von erheblich

überhöhten Abschlagszahlungen die Abschlagszahlungen angemessen zu kürzen oder nur noch kalendervierteljährlich zu zahlen. Die Abschlagszahlung für das letzte Kalendervierteljahr eines FuE-Vertrages ist innerhalb von sechs Wochen nach Beendigung des Kalendervierteljahres durch die Vorlage eines Kostennachweises zu belegen. Sich hierbei ergebende Ueberzahlungen und Zinsen ausser Beiträge bis 100.--DM sind unverzüglich und unaufgefordert zurückzuzahlen.⁶ Der FuE-Geber behält sich eine Verzinsung bis zu 3 v.H. je Kalendervierteljahr vor, wenn die Ueberzahlung und die darauf entfallenden Zinsen nicht unverzüglich überwiesen werden. In der Abrechnung des FuE-Vorhabens sind die vom FuE-Geber einbehaltenen und vom FuE-Nehmer gezahlten Zinsen unberücksichtigt zu lassen.

(3) Der FuE-Nehmer hat innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des FuE-Vertrages eine Schlussrechnung vorzulegen. In sachlich zwingenden Fällen kann die Vorlage einer vorläufigen Schlussrechnung zugelassen werden; diese ist unter Angabe der Gründe ausdrücklich als vorläufig zu bezeichnen. Die endgültige Schlussrechnung ist unverzüglich nach Wegfall des Hinderungsgrundes, spätestens jedoch zwölf Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres, in dem das FuE-Vorhaben geendet hat, vorzulegen. Legt der FuE-Nehmer innerhalb der letztgenannten Frist eine endgültige Schlussrechnung nicht vor, so gilt die in der vorläufigen Schlussrechnung geforderte Vergütung als die vom FuE-Nehmer endgültig geforderte Vergütung.

(4) Ueberzahlungen, die sich erst aus der endgültigen Schlussrechnung und der Preisprüfung ergeben, sind vom FuE-Nehmer unverzüglich zurückzuzahlen. Der FuE-Nehmer verpflichtet sich, die mit 6,5 v.H. jährlich zu verzinsen. Der Verzinsungszeitraum beginnt mit dem Tage, an dem der FuE-Geber bei seiner Bank den Ueberweisungsauftrag erteilt hat. Reicht der Betrag dieses Ueberweisungsauftrages zur Deckung der Ueberzahlung nicht aus, so beginnt für die verbleibenden Restsummen der Verzinsungszeitraum mit dem Tage der Erteilung des jeweils vorhergehenden Ueberweisungsauftrages. Der Verzinsungszeitraum endet mit dem Tage der Rückzahlung der überzahlten Beträge. Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber eine Zinsberechnung zu übersenden. Für die Rückzahlung und die Zinsen gilt das in Absatz 2 angegebene Zahlungsverfahren entsprechend.

6 sinngemässe Abänderung des Autors

§ 13

Berichte

(1) Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber oder seinen Beauftragten jeweils zwei Monate nach Abschluss eines Kalendervierteljahres kurzgefasste Zwischenberichte über die Durchführung und den Stand des FuE-Vorhabens vorzulegen. Den Zwischenberichten ist eine stichwortartige Zusammenfassung voranzustellen (Höchstumfang: eine maschinenbeschriebene DIN A 4-Seite), die folgende Angaben bzw. Fragen beantworten muss:

- Aufzählung der wichtigsten wissenschaftlich-technischen Ergebnisse und anderer für das Vorhaben wesentlicher Ereignisse (z.B. Wechsel des Projektleiters, Veränderung unter den verantwortlichen Mitarbeitern).
- Vergleich des Standes des FuE-Vorhabens mit der ursprünglichen (bzw. mit Zustimmung des FuE-Gebers geänderten) Arbeits-, Zeit- und Kostenplanung.
- Haben sich die Aussichten für die Erreichung der Ziele des FuE-Vorhabens innerhalb des angegebenen Kostenzeitraumes gegenüber dem ursprünglichen (bzw. mit Zustimmung des FuE-Gebers geänderten) Antrag geändert (Begründung)?
- Sind inzwischen von dritter Seite FuE-Ergebnisse bekannt geworden, die für die Durchführung des FuE-Vorhabens relevant sind?
- Sind oder werden Änderungen in der Zielsetzung notwendig?
- Angabe der inzwischen vorgenommenen Schutzrechtsanmeldungen.

Die Vorlage des letzten Zwischenberichts entfällt, wenn das FuE-Vorhaben in dem Berichtszeitraum beendet wurde. Der FuE-Geber behält sich vor, anstelle der Berichterstattung zu festen Terminen nach Satz 1 in geeigneten Fällen eine auf die Ablaufplanung des FuE-Vorhabens abgestellte Berichterstattung zu verlangen.

(2) Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber unverzüglich zu berichten, wenn

- das angestrebte FuE-Ergebnis nicht zu erreichen ist;
- er Kenntnis davon erhält, dass das FuE-Ergebnis inzwischen von Dritten erreicht wurde;
- andere Ereignisse eintreten, durch die der Verwendungszweck oder sonstige massgebliche Umstände sich ändern oder wegfallen;

- bei der Durchführung des FuE-Vorhabens Erfindungen und sonstige Neuerungen und Verbesserungen erzielt werden.

Im letzteren Fall muss der Bericht alle technischen Details enthalten, die erforderlich sind, um Art, Zweck, Betrieb und besondere Merkmale der Erfindung oder der sonstigen Neuerung und Verbesserung zu beschreiben. Dem FuE-Geber ist auf sein Verlangen ausserdem über einzelne Phasen der Durchführung des FuE-Vorhabens oder über sonstige Einzelheiten zu berichten.

(3) Nach Beendigung des FuE-Vorhabens hat der FuE-Nehmer dem FuE-Geber innerhalb von vier Monaten einen ausführlichen und zur Veröffentlichung geeigneten Schlussbericht (§ 16) über die Durchführung und das Ergebnis des FuE-Vorhabens vorzulegen. In dem Schlussbericht sind folgende Punkte so eingehend zu erläutern, dass sich der FuE-Geber ein umfassendes Urteil über den Wert der Arbeiten bilden kann:

- a) Aufgabenstellung,
- b) Voraussetzungen, unter denen die Arbeiten durchgeführt wurden,
- c) Planung und Ablauf der Arbeiten,
- d) wissenschaftliche und technische Methoden, an die angeknüpft wurde,
 - Angabe bekannter Konstruktionen, Verfahren und Schutzrechte, die für die Durchführung des FuE-Vorhabens benutzt wurden,
 - Angabe der verwendeten Fachliteratur,
- e) während der Durchführung des FuE-Vorhabens dem FuE-Nehmer bekannt gewordene Fortschritte auf diesem Gebiet bei anderen Stellen,
- f) erzielttes Ergebnis und sein Nutzen (insbesondere wirtschaftliche Verwertbarkeit),
- g) welche wissenschaftlichen und technischen Informations- und Dokumentationsdienste benutzt wurden.

(4) Eine "Zusammenfassung" des wesentlichen fachlichen Inhalts des Schlussberichts von höchstens 700 Schreibmaschinenanschlügen (Fassungsvermögen einer Karteikarte DIN A 6) ist, mit einer prägnanten und inhaltsgerechten Ueberschrift versehen, in deutscher und englischer Fassung vorzulegen.

(5) In den Zwischenberichten und im Schlussbericht ist auch über solche Arbeiten zu berichten, die zu keiner Lösung geführt haben, oder deren Ergebnis nicht verwertbar ist. Ferner sind in einem gesonderten Abschnitt die bei der Durchführung des FuE-Vorhabens gemachten und in Anspruch genommenen Erfindungen, Schutzrechtsanmeldungen und erteilte Schutzrechte

sowie deren Verwertung aufzuführen. Das gleiche gilt für Erfindungen, Schutzrechtsanmeldungen und erteilte Schutzrechte der vom FuE-Nehmer eingeschalteten Dritten. Der FuE-Nehmer hat den FuE-Geber bei Vorlage der Berichte ausdrücklich darauf hinzuweisen, wenn zur Wahrung berechtigter Interessen des FuE-Nehmers oder Dritter bestimmte Einzelheiten aus den Berichten vertraulich zu behandeln sind (z.B. zur Wahrung der Priorität bei Schutzrechtsanmeldungen). Gegebenenfalls können diese Punkte in einem besonderen Anhang zum Bericht aufgeführt werden. Das gleiche gilt für Ausführungen, die sich aus sachlichen Gesichtspunkten nicht für eine Veröffentlichung eignen.

(6) Alle Berichte sind jeweils in fünffacher Ausfertigung vorzulegen.

§ 14

FuE-Ergebnis

FuE-Ergebnis im Sinne dieser Bestimmungen sind alle bei der Durchführung des FuE-Vorhabens entstehenden und in Aufzeichnungen festgehaltenen oder für den FuE-Nehmer in anderer Form firmenüblich verfügbaren Erkenntnisse, entwickelten Gegenstände, Verfahren und Rechenprogramme, deren Beschreibungen und die hierbei hergestellten Aufzeichnungen, Versuchsanordnungen, Modelle und Baumuster (Prototypen) in allen Entwicklungs- und Fertigungsphasen, wobei es gleichgültig ist, ob diese verwertbar sind.

§ 15

Auskunftserteilung, Ueberlassung von Unterlagen

(1) Der FuE-Nehmer wird über die Berichte (§ 13) und Veröffentlichungen (§ 16) hinaus dem FuE-Geber oder dessen Beauftragten auf Verlangen zur Interpretation des FuE-Ergebnisses Auskünfte über Erkenntnisse erteilen, die bei der Durchführung des FuE-Vorhabens entstanden sind, auch soweit sie nicht im FuE-Ergebnis verkörpert sind. Der personelle und zeitliche Umfang darf die Belange des FuE-Nehmers nicht unzumutbar beeinträchtigen.

(2) Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber auf Verlangen eine Ausfertigung der bei der Durchführung des FuE-Vorhabens entstehenden wissenschaftlichen und technischen Unterlagen (Zusammenstellungs-, Gruppen- und Einzelzeichnungen, Stücklisten, Schaltpläne, Rechenprogramme, Berechnungs- und sonstige Unterlagen) zu überlassen. Für die Ueberlassung dieser Unterlagen dürfen keine besonderen Kosten angesetzt werden; sie sind in den Kosten des FuE-Vorhabens enthalten.

§ 16

Veröffentlichungen

(1) Der FuE-Geber ist berechtigt, über das FuE-Vorhaben folgende Angaben bekanntzugeben:

- a) die Kurzbezeichnung und das Thema des FuE-Vorhabens,
- b) den FuE-Geber und die ausführende Stelle,
- c) den für die Durchführung des FuE-Vorhabens verantwortlichen Projektleiter,
- d) die Laufzeit des FuE-Vorhabens,
- e) die Höhe der Vergütung.

Von der Bekanntgabe des verantwortlichen Projektleiters kann abgesehen werden, wenn der FuE-Nehmer hierfür besondere Gründe vorbringt.

(2) Der FuE-Geber ist unter Berücksichtigung des § 13 Abs. 5, Sätze 4 bis 6, und des § 29 berechtigt, unter Nennung des FuE-Nehmers das FuE-Ergebnis zu veröffentlichen. Wenn es der FuE-Nehmer auch von sich aus ganz oder teilweise veröffentlichen will, bedarf er hierzu der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers.

(3) weggelassen

(4) weggelassen

§ 17

Entgegenstehende Schutzrechte, Verfügungsbeschränkungen
bei eigenen Schutzrechten

(1) Bei Durchführung des FuE-Vorhabens hat der FuE-Nehmer unter Anwendung firmenüblicher Sorgfalt entgegenstehende deutsche Schutzrechte, z.B. Patente, bekanntgemachte Patentanmeldungen und eingetragene Gebrauchsmuster, zu ermitteln. Entgegenstehende Schutzrechte sind Schutzrechte Dritter, die bei einer Verwertung des FuE-Ergebnisses benutzt werden müssen, und solche Schutzrechte des FuE-Nehmers, an denen dieser dem FuE-Geber die in § 20 Abs. 3 vorgesehenen Rechte nicht oder nur unter Beschränkungen oder Belastungen zugunsten Dritter einräumen kann.

(2) Offengelegte Patentanmeldungen Dritter und solche des FuE-Nehmer, an denen dieser dem FuE-Geber die in § 20 Abs. 3 vorgesehenen Rechte nicht oder nur unter Beschränkungen oder Belastungen zugunsten Dritter einräumen kann, hat der FuE-Nehmer daraufhin zu prüfen, ob sie möglicherweise bei einer Verwertung des FuE-Ergebnisses benutzt werden müssen. Für offengelegte Patentanmeldungen Dritter gilt dies nur, wenn und soweit er eine solche Prüfung bei von ihm selbst finanzierten FuE-Vorhaben durchführt.

(3) Sobald der FuE-Nehmer erkennt, dass die Arbeiten zu einem Ergebnis führen, bei dem ein entgegenstehendes deutsches Schutzrecht oder ein sich aus einer offengelegten Patentanmeldung nach Absatz 2 möglicherweise ergebendes Schutzrecht benutzt werden muss, hat er den FuE-Geber schriftlich zu unterrichten und ihm zugleich mitzuteilen, ob und unter welchen Bedingungen nach Ansicht des FuE-Nehmers eine Benutzung voraussichtlich möglich ist. Ist dem FuE-Nehmer ein entgegenstehendes ausländisches Schutzrecht bekannt, so hat er auch dieses mitzuteilen.

(4) Der FuE-Nehmer hat anzugeben, ob er vertragliche Abmachungen und Bindungen für auf dem Gebiet des FuE-Vorhabens bestehende oder für die Zukunft bei ihm entstehende Schutzrechte eingegangen ist. Das gilt nicht, wenn dadurch das in § 20 dem FuE-Geber eingeräumte Benutzungsrecht nicht beeinträchtigt wird.

(5) Die Absätze 1 und 2 finden bei Studienaufträgen keine Anwendung, es sei denn, die Ermittlung entgegenstehender Schutzrechte oder die Prüfung offengelegter Patentanmeldungen ist beim FuE-Nehmer bei Studien firmenüblich.

(6) Auf Verlangen des FuE-Gebers wird der FuE-Nehmer mit dem Dritten wegen der Benutzung entgegenstehender Schutzrechte verhandeln. Der FuE-Geber wird ihn hierbei unterstützen. Der FuE-Nehmer darf Bindungen gegenüber dem Dritten über die Verwertung solcher Schutzrechte im FuE-Ergebnis nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des FuE-Gebers eingehen. Der FuE-Geber behält sich vor, selbst mit dem Dritten zu verhandeln.

(7) Der FuE-Nehmer haftet für alle Schäden, die dem FuE-Geber dadurch entstehen, dass der Benutzung des FuE-Ergebnisses deutsche Schutzrechte entgegenstehen. Die Haftung entfällt, wenn er nachweist, dass er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt hat. Die Haftung beschränkt sich bei grober Fahrlässigkeit auf 15 v.H. der Vergütung.

§ 18

Arbeitnehmererfindungen

(1) Der FuE-Nehmer ist allein berechtigt und verpflichtet, entsprechend dem Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25. Juli 1957 (BGBl. I S. 756)⁷

1. die bei der Durchführung des FuE-Vorhabens gemachten Erfindungen seiner Arbeitnehmer unbeschränkt in Anspruch zu nehmen; Ausnahmen, insbesondere Freigabe oder beschränkte Inanspruchnahme bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers;
2. diese Erfindungen auf seine Kosten zum Patent- oder Gebrauchsmusterschutz im Inland unverzüglich anzumelden; er ist auch zu Anmeldungen im Ausland berechtigt.

(2) Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber oder dessen Beauftragten unverzüglich Aktenzeichen und Anmeldetag sämtlicher deutscher Anmeldungen mitzuteilen und eine Durchschrift der deutschen Anmeldungen sowie unverzüglich nach Erhalt ein Exemplar der entsprechenden Druckschriften des Deutschen Patentamts (Offenlegungs-, Auslage-, Patentschrift, Gebrauchsmusterurkunde) und auf Verlangen eine Durchschrift der ausländischen Anmeldetexte bzw. die Druckschriften zu übersenden. Der FuE-Geber ist nach Bekanntgabe der Anmeldung durch das Patentamt berechtigt, diese zu veröffentlichen.

(3) Will der FuE-Nehmer Schutzrechte nicht aufrechterhalten oder verteidigen, so hat der FuE-Nehmer spätestens acht Wochen vor Ablauf bestehender Fristen dies dem FuE-Geber schriftlich mitzuteilen. Der FuE-Nehmer hat ebenfalls mitzuteilen, ob und gegebenenfalls welche Auslandsanmeldungen er vornehmen will. Gegen Erstattung der dem FuE-Nehmer entstehenden Kosten, Auslagen und Arbeitnehmererfindervergütungen kann der FuE-Geber verlangen, dass der FuE-Nehmer nach Verweigerung der Zustimmung gemäss Absatz 1 Nr. 1 um Schutzrechte nachsucht, bestehende Schutzrechte aufrechterhält und verteidigt (Satz 1) oder vom FuE-Nehmer nicht beabsichtigte Auslandsanmeldungen vornimmt und diese Rechte auf den FuE-Geber überträgt. Der FuE-Geber wird vom FuE-Nehmer für die - ungeachtet der Uebertragung erfolgende - Benutzung derartiger Schutzrechte eine Vergütung nur dann verlangen, wenn auch dritte Benutzer eine solche zu entrichten haben.

⁷ Dieses stimmt mit dem entsprechenden Art. 332 OR nicht in allen Teilen überein, doch steht dieser dem unter § 18 Vereinbarten nicht entgegen.

(4) Die bei der Durchführung des FuE-Vorhabens entstehenden Erfindungen können vom FuE-Geber beansprucht werden, soweit es sich ausschliesslich um Erfindungen von Arbeitnehmern und Beamten des FuE-Gebers oder seiner Beauftragten handelt. Der FuE-Geber wird auf Antrag mit dem FuE-Nehmer eine Vereinbarung über die Benutzung dieser Schutzrechte für eigene Zwecke des FuE-Nehmers treffen.

(5) Sind Arbeitnehmer oder Beamte beider Parteien Miterfinder, so kann der FuE-Nehmer unter Gewährung einer angemessenen Gegenleistung verlangen, dass der FuE-Geber den Erfindungsanteil seiner Bediensteten unbeschränkt in Anspruch nimmt und auf den FuE-Nehmer überträgt. Die Uebertragungsvereinbarungen zwischen dem FuE-Geber und dem FuE-Nehmer werden von Fall zu Fall getroffen. Im übrigen gelten die Absätze 1 bis 3 entsprechend.

§ 19

Sonstige Erfindungen

Für sonstige beim FuE-Nehmer bei der Durchführung des FuE-Vorhabens gemachte Erfindungen, z.B. von Gesellschaftern, Organen der Gesellschaft und freien Mitarbeitern, hat der FuE-Nehmer durch geeignete Massnahmen (z.B. durch Abschluss entsprechender Verträge) sicherzustellen, dass die Bestimmungen des § 18 entsprechend zur Anwendung gelangen.

§ 20

Benutzungsrecht und -entgelt

(1) Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber ein unwiderrufliches, unentgeltliches und nicht ausschliessliches Benutzungsrecht zu erteilen

a) an dem FuE-Ergebnis (§ 14)

b) an den in- und ausländischen übertragbaren Rechten, insbesondere Erfindungen, Schutzrechtsanmeldungen und Schutzrechten, die bei der Durchführung des FuE-Vorhabens entstehen, und

c) an den Auskünften nach § 15 Abs. 1

(Schutzrechte und sonstige Arbeitsergebnisse).

Der FuE-Geber ist berechtigt, nach Anhörung des FuE-Nehmers von diesem Benutzungsrecht für den eigenen Bedarf, für öffentliche Aufträge, für

staatliche Massnahmen zur Förderung von Wissenschaft und Technik und zur Durchführung gemeinsamer Programme mit anderen Staaten, zwischenstaatlichen und überstaatlichen Organisationen und Einrichtungen nicht-übertragbare Unterbenutzungsrechte an Dritte zu erteilen.

(2) Der FuE-Nehmer hat bei FuE-Aufträgen an Dritte seine Verfügungsmacht über die dabei entstehenden Schutzrechte und sonstigen Arbeitsergebnisse des Dritten in der Weise sicherzustellen, dass er auch insoweit den Verpflichtungen aus Absatz 1 nachkommen kann. Ausnahmen bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers.

(3) Der FuE-Nehmer erteilt dem FuE-Geber ferner zur Förderung von Wissenschaft und Technik, zur Durchführung gemeinsamer Programme mit anderen Staaten, zwischenstaatlichen und überstaatlichen Organisationen und Einrichtungen und für den eigenen Bedarf - bei letzterm ausgenommen Bundesbahn, Bundespost und sonstige wirtschaftliche Unternehmen des FuE-Gebers - ein unwiderrufliches und nichtausschliessliches Benutzungsrecht an allen seinen anderen Schutzrechten und sonstigen Arbeitsergebnissen, soweit es erforderlich ist, um das nach Absatz 1 erteilte Benutzungsrecht verwenden zu können. Der FuE-Geber ist berechtigt, von diesem Benutzungsrecht nicht-übertragbare Unterbenutzungsrechte zu den gleichen Bedingungen zu erteilen, an die er selbst gebunden ist. Vor der Erteilung von Unterbenutzungsrechten wird der FuE-Nehmer gehört; ausserdem wird der FuE-Geber den FuE-Nehmer, sofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, an den entsprechenden Verhandlungen beteiligen.

(4) Absatz 3 gilt nicht, soweit dem darin enthaltenen Anspruch des FuE-Gebers Verpflichtungen des FuE-Nehmers gegenüber Dritten entgegenstehen, die bereits bei Vertragsabschluss bestanden haben. Der FuE-Geber wird keine Benutzungsrechte nach Absatz 3 in Anspruch nehmen, wenn dieses Benutzungsrecht an den Schutzrechten und sonstigen Arbeitsergebnissen Lieferungen und Leistungen betrifft, die jederzeit zu handelsüblichen Bedingungen vom FuE-Nehmer oder von anderen Firmen bezogen werden können.

(5) Wird ein Benutzungsrecht nach Absatz 3 in Anspruch genommen, so erhält der FuE-Nehmer vom Benutzer ein Benutzungsentgelt nach den branchenüblichen Bedingungen. Das Benutzungsentgelt wird jeweils besonders vereinbart. Ein Benutzungsentgelt wird nicht gezahlt, wenn dem FuE-Geber bezüglich der Schutzrechte und sonstigen Arbeitsergebnisse bereits ein kostenloses Benutzungsrecht auf Grund anderer Verträge oder Bewilligungen zusteht.

(6) Wenn der FuE-Geber zur Durchführung gemeinsamer Programme von den vom FuE-Nehmer erteilten Benutzungsrechten anderen Staaten, zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Organisationen und Einrichtungen Unterbenutzungsrechte erteilt, wird er sich nach besten Kräften bemühen, dem FuE-Nehmer

gleichwertige Benutzungsrechte von den anderen Staaten, den zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Organisationen und Einrichtungen zu verschaffen. Soweit der FuE-Geber dazu berechtigt ist, wird er dem FuE-Nehmer unwiderrufliche und nichtausschliessliche Benutzungsrechte an den Dritten gehörenden Schutzrechten und sonstigen Arbeitsergebnissen der Dritten zur Durchführung des FuE-Vorhabens zu denselben Bedingungen einräumen, an die er selbst gebunden ist.

§ 21

Nutzung von Urheberrechten

(1) Sobald und soweit das FuE-Ergebnis vorliegt, hat der FuE-Nehmer dem FuE-Geber das einfache und unbeschränkte Recht nach § 31 des Gesetzes über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (UrhG) vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273)⁸ einzuräumen, alle urheberrechtlich geschützten Werke, die das FuE-Ergebnis verkörpern, selbst zu nutzen oder durch Dritte nutzen zu lassen. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere die in §§ 15 und 88 UrhG aufgezählten Nutzungsarten sowie das Recht zur Bearbeitung. Der FuE-Nehmer hat sicherzustellen, dass er dem FuE-Geber auch die Nutzungsrechte an Werken übertragen kann, deren Urheber seine Arbeitnehmer oder Personen nach § 19 sind. Der FuE-Geber wird bei der Ausübung seiner Rechte den FuE-Nehmer und auf Verlangen des FuE-Nehmers auch den Urheber benennen.

(2) Der FuE-Nehmer hat bei FuE-Aufträgen an Dritte durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass er auch hinsichtlich dabei entstehender Urheberrechte der Dritten den Verpflichtungen aus Absatz 1 nachkommen kann.

§ 22

Nutzung für öffentlichen Bedarf; fertigungstechnische Hilfe

(1) Der FuE-Geber bestimmt das Unternehmen, das er bei Nutzung des FuE-Ergebnisses für den eigenen Bedarf oder für öffentliche Aufträge nach § 20 heranziehen wird. Der FuE-Nehmer ist vorher zu hören.

8 Eine entsprechende Norm fehlt im schweizerischen Recht. Einer solchen Vereinbarung steht jedoch nichts entgegen. Vgl. Art. 9 des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst.

(2) Der FuE-Geber wird das herangezogene Unternehmen verpflichtet, mit dem FuE-Nehmer einen Vertrag abzuschliessen, der der vorherigen Zustimmung des FuE-Gebers bedarf. In diesem Vertrag ist u.a. vorzusehen, dass ein nach § 20 Abs. 5 zu zahlendes Benutzungsentgelt von dem herangezogenen Unternehmen an den FuE-Nehmer zu entrichten ist. Der FuE-Geber behält sich vor, in besonderen Fällen dieses Benutzungsentgelt selbst an den FuE-Nehmer zu zahlen.

(3) Der FuE-Geber wird das herangezogene Unternehmen bei Erteilung des Auftrages verpflichtet, die ihm zugänglich gemachten Unterlagen nur zur Erfüllung des ihm vom FuE-Gebers erteilten Auftrages zu benutzen.

(4) Der FuE-Nehmer hat dem herangezogenen Unternehmen oder dem FuE-Geber fertigungstechnische Hilfe zu leisten. Der personelle und zeitliche Umfang darf die Belange des FuE-Nehmers nicht unzumutbar beeinträchtigen.

(5) Die fertigungstechnische Hilfe ist zu vergüten, und zwar bei Selbstkostenverträgen nach Massgabe des geltenden Preisrechts. Einzelheiten regelt der nach Absatz 2 zu schliessende Vertrag.

§ 23

Uebertragung von Benutzungsrechten auf Dritte

(1) Der FuE-Nehmer hat auf Verlangen Dritter diesen zu branchenüblichen Bedingungen ein nichtausschliessliches und nichtübertragbares Benutzungsrecht an den Schutzrechten und sonstigen Arbeitsergebnissen, die bei der Durchführung des FuE-Vorhabens entstehen, zur Benutzung im Inland zu erteilen. Bei der Bemessung des Benutzungsentgelts ist zu berücksichtigen, dass die Arbeiten, auf denen die Schutzrechte und sonstigen Arbeitsergebnisse beruhen, aus öffentlichen Mitteln finanziert wurden. Weist der Dritte nach, dass er ein Benutzungsrecht in angemessener Frist zu angemessenen Bedingungen nicht erhalten kann, ist der FuE-Geber berechtigt, nach Anhörung des FuE-Nehmers aufgrund des Benutzungsrechtes des § 20 Abs. 1 Satz 1 dem Dritten ein dem vorstehenden Benutzungsrecht entsprechendes Unterbenutzungsrecht zu erteilen.

(2) Auf Wunsch des Dritten wird der FuE-Nehmer das Benutzungsrecht auf den Vertrieb von im Inland unter Ausnutzung des Benutzungsrechts hergestellten Gegenstände in bestimmte Länder erstrecken, es sei denn, der FuE-Nehmer weist nach, dass er in einem der gewünschten Länder um Patente nachgesucht hat oder über solche verfügt, und macht glaubhaft, dass er ein wesentliches Interesse an einer eigenen Verwertung (unmittelbar oder über Lizenzvergabe) hat.

(3) Der FuE-Nehmer hat ferner auf Verlangen Dritter diesen zu branchenüblichen Bedingungen ein nichtausschliessliches und nichtübertragbares Benutzungsrecht an allen seinen anderen Schutzrechten und sonstigen Arbeitsergebnissen zur Benutzung im Inland zu erteilen, soweit es erforderlich ist, um das nach Absatz 1 erteilte Benutzungsrecht verwenden zu können.

(4) Absatz 3 gilt nicht, wenn der FuE-Geber den FuE-Nehmer in begründeten Fällen schriftlich von dieser Verpflichtung freistellt. Er gilt weiter nicht,

- a) soweit dem Anspruch des Dritten aus Absatz 3 Verpflichtungen des FuE-Nehmers gegenüber anderen Dritten entgegenstehen, die bereits bei Abschluss des FuE-Vertrages bestanden haben, oder
- b) wenn diese Schutzrechte und sonstigen Arbeitsergebnisse sich auf Lieferungen und Leistungen beziehen, die jederzeit zu handelsüblichen Bedingungen vom FuE-Nehmer oder von anderen Firmen bezogen werden können.

(5) § 22 Abs. 4 und 5 gelten entsprechend zugunsten vom FuE-Geber benannter Dritter.

§ 24

Ausschliessliche Nutzung

(1) Abweichend von § 23 kann in besonderen Fällen der FuE-Geber dem FuE-Nehmer gegen eine angemessene Vergütung gestatten, für einen befristeten Zeitraum Schutzrechte und sonstige Arbeitsergebnisse ausschliesslich selbst zu nutzen. Soweit öffentliche Interessen nicht entgegenstehen, kann zur Absicherung der ausschliesslichen Nutzung zusätzlich auf Rechte aus den §§ 20 bis 22 verzichtet werden. Die Aussetzung der Rechte gemäss Sätzen 1 und 2 sowie die Höhe der angemessenen Vergütung wird nach Möglichkeit im FuE-Vertrag vereinbart; in Ausnahmefällen kann die Vereinbarung später getroffen werden.

(2) Absatz 1, Sätze 1 und 2, gilt für die Erteilung eines ausschliesslichen Benutzungs- und Nutzungsrechts an einen Dritten entsprechend mit der Massgabe, dass der FuE-Nehmer glaubhaft macht, anderen Dritten den Erwerb eines nichtausschliesslichen Benutzungs- und Nutzungsrechts zu marktüblichen Bedingungen erfolglos zur Benutzung im Inland angeboten zu haben. Der FuE-Geber kann die Möglichkeit der Erteilung eines nichtausschliesslichen Benutzungs- und Nutzungsrechts allgemein, z.B. durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger, bekanntmachen.

(3) Die Verpflichtungen des FuE-Nehmers aus § 16 bleiben unberührt.

§ 25

Neuerungen und Verbesserungen

Der FuE-Nehmer hat wesentliche mit dem FuE-Vorhaben in Zusammenhang stehende Neuerungen und Verbesserungen, die sich nach Beendigung des FuE-Vorhabens ergeben, dem FuE-Geber mitzuteilen. Die Verpflichtung entfällt nach sechs Kalenderjahren vom Schluss des Kalenderjahres an gerechnet, in dem das FuE-Vorhaben beendet wird. Der FuE-Nehmer erklärt sich bereit, wenn zumutbare Bedingungen vom FuE-Geber in Aussicht gestellt werden, auf Verlangen des FuE-Gebers in Verhandlungen über die Verwertung der Neuerungen und Verbesserungen einzutreten und darüber Vereinbarungen zu treffen, soweit ohne solche Vereinbarungen die Einleitung oder Fortführung anderer FuE-Vorhaben wesentlich erschwert würde.

§ 26

Beteiligung am finanziellen Erfolg in besonderen Fällen

- (1) Erzielt der FuE-Nehmer aus der Verwertung des FuE-Ergebnisses oder Teilen davon durch Uebertragung von Schutzrechten, Vergabe von Lizenzen, Abschluss von know-how-Verträgen und Veräusserung sonstiger Kenntnisse und Unterlagen Einnahmen, so ist der FuE-Geber hieran nach Massgabe der Absätze 2 und 3 zu beteiligen.
- (2) Die Beteiligung des FuE-Gebers beträgt 40 v.H. der Einnahmen nach Absatz 1. Einnahmen bis zu einer Million DM bleiben hierbei ausser Ansatz. Einnahmen über eine Million DM bis zu zwei Millionen DM werden zur Hälfte angesetzt.
- (3) Die Beteiligung des FuE-Gebers ist auf die Einnahmen begrenzt, die dem FuE-Nehmer innerhalb von acht Jahren nach Beendigung des Vorhabens zufließen.
- (4) Der FuE-Nehmer hat dem FuE-Geber innerhalb von drei Monaten nach Ablauf jedes Kalenderjahres die im Vorjahr zugeflossenen Einnahmen mitzuteilen. Die Mitteilungspflicht setzt erst ein, wenn der kumulierte Betrag der Einnahmen aus allen Vorjahren eine Million DM erreicht hat.

Sonstige Verpflichtungen

- (1) Werden Zusammenarbeitsverträge, Lizenz-, know-how- und ähnliche Verträge des FuE-Nehmers mit Dritten im In- und Ausland abgeschlossen, die das Ergebnis sowie Teil- oder Zwischenergebnisse des FuE-Vorhabens zum Gegenstand haben, hat der FuE-Nehmer innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss dem FuE-Geber Vertragsinhalt (in Kurzfassung), -partner und -dauer mitzuteilen. Derartige Verträge des FuE-Nehmers mit Dritten im Ausland bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des FuE-Gebers. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn der FuE-Geber nicht innerhalb von sechs Wochen nach Beantragung der Zustimmung gegenüber dem FuE-Nehmer Bedenken schriftlich geltend gemacht hat.
- (2) Steht der FuE-Nehmer unter dem bestimmenden Einfluss ausländischer Kapitaleigner oder gelangt er unter solchen Einfluss und wird das FuE-Ergebnis ohne vorherige schriftliche Zustimmung des FuE-Gebers ausschliesslich oder überwiegend im Ausland verwendet, dann ist der FuE-Geber berechtigt, die Vergütung ganz oder teilweise zurückzufordern.
- (3) Zahlungsunfähigkeit, Ueberschuldung und Einleitung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens hat der FuE-Nehmer dem FuE-Geber unverzüglich mitzuteilen. Das gleiche gilt bei Einleitung von Zwangsvollstreckungsmassnahmen in Gegenstände, die dem FuE-Geber gehören oder deren Uebereignung der FuE-Geber nach § 9 Abs. 6 jederzeit verlangen kann.
- (4) Eine Abtretung von Forderungen darf sich nur auf ein genau bezeichnetes FuE-Vorhaben beziehen und nur für einen bezifferten Betrag erfolgen. Dem FuE-Geber ist die Abtretung unverzüglich anzuzeigen.
- (5) Der FuE-Nehmer darf sich im Verkehr mit dem FuE-Geber nur mit dessen vorheriger schriftlicher Zustimmung der Vermittlung Dritter bedienen. Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Angehörige anderer anerkannter freier Berufe, soweit diese lediglich zur rechtlichen, steuerlichen, betriebswirtschaftlichen oder technischen Beratung zugezogen werden. Der FuE-Nehmer darf aus Anlass von Verhandlungen oder Verträgen mit dem FuE-Geber keine Provisionen gewähren oder gewähren lassen, soweit nicht mit dem FuE-Geber eine abweichende schriftliche Vereinbarung getroffen ist. Verstösst der FuE-Nehmer gegen diese Verpflichtung, so vermindert sich die vereinbarte Vergütung um den Wert der vereinbarten oder gezahlten Provisionen. Der FuE-Geber kann in diesem Fall - abgesehen von Bagatellfällen - auch vom Vertrag zurücktreten. Vorher ist dem FuE-Nehmer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Kündigung des FuE-Vertrages

(1) Der FuE-Nehmer hat sich zu bemühen, mit seinen Unterauftragnehmern für den Fall der Kündigung Vereinbarungen zu treffen, die denen des FuE-Vertrages entsprechen. Ist ein Unterauftragnehmer hierzu nicht bereit, so wird der FuE-Nehmer vor Vergabe des Unterauftrages den FuE-Geber hiervon benachrichtigen. Erhält der FuE-Nehmer innerhalb von zwei Wochen ab Eingang der Benachrichtigung bei FuE-Geber von diesem keine schriftliche Weisung, so ist der FuE-Nehmer berechtigt, in dem nach der Marktlage gebotenen Ausmass von Satz 1 abzuweichen.

(2) Der FuE-Nehmer hat im Falle der Kündigung seine aufgrund des FuE-Vertrages vergebenen Unteraufträge unter Wahrung der Interessen des FuE-Gebers unverzüglich zu beenden. Andernfalls verliert er insoweit seine Ansprüche gegenüber dem FuE-Geber. Eine Beendigung von Unteraufträgen vor dem nächstzulässigen Kündigungsstermin ist anzustreben, wenn dadurch für den FuE-Geber einen Kostenersparnis erzielt werden kann.

(3) Im Falle der Kündigung erstattet der FuE-Geber dem FuE-Nehmer die bis zur Beendigung des FuE-Vertrages bei ihm entstandenen Kosten einschliesslich des darauf entfallenden anteiligen Gewinns. Ein Gewinn darf nicht berechnet werden für noch nicht verwendete Fertigungsstoffe und sonstige Zulieferungen, soweit sie nicht vom FuE-Nehmer bereits be- oder verarbeitet wurden. Ausserdem werden als Restabgeltung alle nach Beendigung des FuE-Vertrages anfallenden, durch den FuE-Vertrag bedingten, unvermeidbaren Ausgaben vergütet, soweit sie nicht bereits als entstandene Kosten verrechnet sind, insbesondere

- a) Löhne und Gehälter, die bis zum nächstzulässigen Kündigungsstermin anfallen;
- b) in Härtefällen, die vom FuE-Nehmer nachzuweisen sind, Löhne und Gehälter von Konstrukteuren und anderen Spezialkräften, die nachweislich eigens für die Durchführung des FuE-Vorhabens eingestellt wurden und nur mit langfristigen Verträgen gewonnen werden konnten, bis zum Ablauf des Anstellungsvertrages.

Voraussetzung für a) und b) ist, dass die Betreffenden weder im eigenen Betrieb des FuE-Nehmers anderweitig eingesetzt werden können, noch dass eine Beschäftigung an einem anderen zumutbaren Arbeitsplatz möglich ist. Keinesfalls werden Vergütungen für die Zeit nach der ursprünglichen Vertragsdauer vom FuE-Geber übernommen.

(4) Im Falle der Kündigung aus Gründen, die der FuE-Nehmer zu vertreten hat,

erhält er - abweichend von der Regelung nach Absatz 3 - keine Restabgeltung und für den letzten Abrechnungszeitraum (Kalenderjahr) keinen anteiligen Gewinn. Ansprüche des FuE-Gebers gegenüber dem FuE-Nehmer wegen Vertragsverletzung werden hierdurch nicht berührt.

(5) Durch die Zahlung im Falle der Kündigung darf die nach § 3 des FuE-Vertrages vereinbarte Vergütung nicht überschritten werden.

(6) Soweit sich aus den Absätzen 1 bis 5 nicht etwas anderes ergibt, gelten für die Abwicklung des gekündigten FuE-Vertrages die Bestimmungen des FuE-Vertrages und dieser BMFT 75.

§ 29

Wahrung berechtigter Interessen

Der FuE-Geber wird bei der Wahrnehmung seiner sich aus dem FuE-Vertrag und diesen Bestimmungen ergebenden Rechte die berechtigten wirtschaftlichen Interessen des FuE-Nehmers nach dessen Anhörung, soweit unter Beachtung des öffentlichen Interesses irgend möglich, berücksichtigen.

§ 30

Streitigkeiten

(1) Bei Streitigkeiten über technisch-wissenschaftliche Punkte oder über Fragen, ob und inwieweit die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung eines Benutzungs- oder Nutzungsrechte gegeben sind, werden zwei Schiedsgutachter eingeschaltet, von denen der FuE-Geber und der FuE-Nehmer je einen benennen. Kommt eine Einigung unter den beiden Schiedsgutachtern nicht zustande, so wählen diese gemeinsam einen Dritten zum Vorsitzenden. Einigen sich die Schiedsgutachter nicht binnen einer Frist von einem Monat, nachdem ein Schiedsgutachter erstmalig eine Person als Vorsitzenden vorgeschlagen hat, so benennt der Präsident der Industrie- und Handelskammer Bonn einen Vorsitzenden. Das Schiedsgutachter-Gremium beschliesst mit Zweidrittel-Mehrheit; kommt eine Mehrheit nicht zustande, so entscheidet der Vorsitzende. Für die Regelung der Kosten des Schiedsgutachtens gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung entsprechend.

(2) Bei allen sonstigen Streitigkeiten soll vor Beschreiten des Rechtsweges eine gültige Einigung angestrebt werden.

§ 31

Prüfungsrechte und Auskunftspflichten

(1) Preisprüfungen gemäss § 9 der Verordnung PR Nr. 30/53 können auch während der Laufzeit des FuE-Vorhabens vorgenommen werden. Der FuE-Nehmer hat dafür zu sorgen, dass prüffähige Unterlagen vorliegen. Er hat die Unterlagen fünf Jahre aufzubewahren. Die Frist beginnt mit dem Eingang der endgültigen Schlussrechnung beim FuE-Geber. Bestehende längere Fristen nach Handels- oder Steuerrecht bleiben dadurch unberührt.

(2) Der FuE-Geber ist berechtigt, die Unterlagen aufgrund der Mitteilungspflicht nach § 26 sowie die Sonderbetriebsmittel, - vorrichtungen und -anlagen beim FuE-Nehmer zu überprüfen oder durch Preisprüfstellen, Wirtschaftsprüfer oder vereidigter Buchprüfer überprüfen zu lassen. Der FuE-Nehmer ist verpflichtet, die erforderliche Einsicht in seine Bücher, Belege und sonstigen einschlägigen Geschäftsunterlagen zu gewähren und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Auch ausserhalb der örtlichen Prüfung hat der FuE-Nehmer die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

§ 32

Beauftragte

(1) Soweit der FuE-Geber zur Durchführung des FuE-Vorhabens Beauftragte heranziehen will (§§ 4 Abs. 2 und 3, 13 Abs. 1, 15 Abs. 1, 18 Abs. 2), wird er zuvor dem FuE-Nehmer Gelegenheit geben, Einwände, insbesondere im Hinblick auf bestehende Konkurrenzverhältnisse vorzubringen. Bestehen solche Einwände zu Recht, wird der FuE-Geber einen anderen Beauftragten benennen. Der FuE-Geber wird den Beauftragten verpflichten, während seiner Tätigkeit im Rahmen des FuE-Vorhabens beim FuE-Nehmer erworbene Kenntnisse vertraulich zu behandeln und nicht anderweitig zu verwerten sowie diese Verpflichtung auch seinen Mitarbeitern aufzuerlegen.

(2) Der Beauftragte wird vom FuE-Geber für die Laufzeit des FuE-Vorhabens und einer sich anschliessenden Karenzzeit von einem Jahr ein Wettbewerbsverbot auferlegt. Der FuE-Geber wird sich darum bemühen, dass der Beauftragte von seinen Mitarbeitern einen entsprechenden Wettbewerbsverzicht erlangt.

(3) Absatz 1, Sätze 1 und 3, und Absatz 2 gelten für Projektträger entsprechend. Bestehen die Einwände nach Absatz 1 Satz 1 zu Recht, so wird der FuE-Geber möglichst einen anderen Projektträger oder einen sonstigen Beauftragten benennen.

§ 33

Vorstellung des FuE-Ergebnisses

(1) Abnahmeprüfberichte bei Vorstellung des FuE-Ergebnisses und der Werkerprobungsergebnisse sind von den Vertragspartnern gemeinsam schriftlich niederzulegen. Nach Abschluss der Prüfungen oder Beendigung der Arbeiten ist eine gemeinsame Schlussniederschrift zu fertigen. Soweit sich aus der Schlussniederschrift nichts anderes ergibt, wird der FuE-Nehmer von der Verantwortung für erkennbare und in der Schlussniederschrift festgehaltene Sachmängel des FuE-Ergebnisses sowie für die aus diesen Sachmängeln entstehenden Schäden entlastet. Unterbleibt oder verzögert sich die Schlussniederschrift aus Gründen, die der FuE-Nehmer nicht zu vertreten hat, so gilt sie zwei Monate nach Meldung des FuE-Nehmers, dass er zur Erstellung der Schlussniederschrift bereit ist, als erstellt.

(2) Der FuE-Nehmer wird die Schutzrechte, die im FuE-Ergebnis verwertet sind, dem FuE-Geber bei Abfassung der gemeinsamen Schlussniederschrift mitteilen und zu jedem Schutzrecht den in der Patentschrift, in der Patentanmeldung oder im Gebrauchsmuster genannten Schutzrechtsinhaber angeben.

§ 34

Weiterentwicklung- und Fertigungsaufträge

Der FuE-Geber wird den FuE-Nehmer bei der Vergabe von Weiterentwicklung- und Fertigungsaufträgen zum Wettbewerb heranziehen. Ein Rechtsanspruch des FuE-Nehmers auf Erteilung solcher Aufträge wird hierdurch nicht begründet.

§ 35

Gewährleistung

(1) Wenn ein Baumuster (Prototyp) abgeliefert wird, übernimmt der FuE-Nehmer für sechs Monate ab Beginn der Erprobung des Baumusters, längstens jedoch für zwölf Monate ab Datum der Schlussniederschrift, die Gewähr für

a) die Einhaltung der anerkannten Regeln und Technik

- b) die Güte des Materials, soweit seine Entwicklung nicht selbst zur Aufgabenstellung des FuE-Vorhabens gehört,
- c) die fachmännische und gute Ausführung der Arbeit,
- d) das Vorliegen der zugesicherten Eigenschaften, soweit sie in Anlage A des FuE-Vertrages als Mindestforderung angegeben sind.

(2) Der FuE-Geber kann im Rahmen von § 14 Nr. 3 VOL/B unentgeltlich Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen. Ansprüche auf Wandelung oder Minderung sind ausgeschlossen. Ansprüche auf Schadenersatz bestehen insoweit nicht, als der FuE-Nehmer nachweist, dass er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt hat. Zur Nachbesserung gehören auch notwendige Arbeiten zur Feststellung oder Beseitigung von Fehlern. Transport- und andere Nebenkosten aus Anlass einer berechtigten Rüge gehen insoweit zu Lasten des FuE-Nehmers, als diese entstehen würden, wenn der FuE-Nehmer die Gewährleistung am Erfüllungsort durchführen würde. Für im Rahmen der Gewährleistungspflicht nachgebesserte oder ersetzte Teile gelten erneut die Gewährleistungsfristen des Absatzes 1. Anstelle des Datums der Schlussniederschrift tritt das Datum der Abnahme der nachgebesserten oder ersetzten Teiles.

(3) Kann der FuE-Nehmer von ihm zu vertretende Mängel, die beim Einsatz des Baumusters offenbar werden und beheben werden müssen, nicht in angemessener Zeit beheben, so ist der FuE-Geber berechtigt, die Arbeiten durch Dritte für Rechnung des FuE-Nehmers ausführen zu lassen. Die dem Dritten nach der VO PR Nr. 30/53 zu zahlende Vergütung hat der FuE-Nehmer dem FuE-Geber zu erstatten. Für die Folgen unsachgemässer Instandsetzungen oder Änderungen durch den Dritten haftet der FuE-Nehmer nicht.

(4) Der FuE-Nehmer hat die in § 15 Abs. 2 genannten Unterlagen unter Beachtung der Handelsbräuche und der anerkannten Regeln und Technik anzufertigen. Der FuE-Nehmer haftet für die Richtigkeit und Brauchbarkeit dieser Unterlagen, sofern er nicht nachweist, dass er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt hat. Die Haftung beschränkt sich bei grober Fahrlässigkeit auf 50 v.H. der Vergütung. Die Ansprüche verjähren nach zwei Jahren, beginnend mit der Uebergabe der Unterlagen an den FuE-Geber.

(5) Mängelrügen sind schriftlich zu erheben. Für die Fristwahrung ist der Absendetag massgebend.

DRITTER ABSCHNITT: RECHTLICHE EINORDNUNG DER FÜE-VERTRÄGE
UND BESONDERHEITEN DER ANWENDUNG ALLGE-
MEINER NORMEN DES OR AUF FÜE-VERTRÄGE

§ 5 RECHTSNATUR DER FÜE-VERTRÄGE

Die Bestimmung der rechtlichen Natur eines Vertrages hat allgemein zum Zweck, die für die Rechtsanwendung passenden Regeln zu finden.¹ Insbesondere geht es darum festzustellen, ob das die Rechtsnatur ausmachende Wesen eines konkreten Vertrages derart ist, dass sich dieser einem vorhandenen Vertragstypus zuordnen lässt und demzufolge das betreffende (geschriebene oder ungeschriebene) Vertragstypenrecht² auf den konkreten Vertrag anzuwenden ist. Entsprechend ist ein konkreter Vertrag

1 In der vorliegenden Arbeit wird der Auffassung von der typologischen Konzeption des Schuldrechts gefolgt. Die von der Vertragstypenlehre postulierte "Zuordnung" eines konkreten Vertrags zu einem Vertragstypus nach dem Kriterium der passenden Rechtsfolgeordnung erlaubt eine angepasstere (gerechtere), der kasuistischen Methode angenäherter Rechtsanwendung als die nach begrifflich-formalen Kriterien vorzunehmende Subsumtion unter eine "Legaldefinition". Vgl. zur Frage "Klassenlogische oder typologische Konzeption" SCHLUEP, Innominatverträge, S.790 ff.

Ausführlich wird die Bedeutung des "Begriffs" und des "Typus" für die Rechtswissenschaft behandelt von LARENZ, Methodenlehre, S. 232-261 und S. 429 ff. Vgl. auch D. LEENEN, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971.

2 Vertragstypenrecht kann dispositives oder zwingendes gesetzliches Recht, Gewohnheitsrecht oder gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB durch richterliche Rechtsfindung entstandenes Recht sein. Zur Verdichtung atypischer Verträge zu Vertragstypen, SCHLUEP, Innominatverträge, S. 798 ff.

als typisch oder atypisch zu qualifizieren.³

Erweist sich ein Vertrag als einem bestimmten Typus zugehörend, ist er also typisch, so findet darauf ohne weiteres das - passende - Vertragstypenrecht Anwendung. Erhält es auf eine Frage keine Antwort, hat sie der Richter nach Art. 1 Abs. 2 ZGB modo legislatoris zu finden. Erweist sich ein Vertrag als atypisch, d.h. gibt es kein (gesetzliches oder aussergesetzliches) passendes Vertragstypenrecht, hat der Richter allfällige Vertragslücken nach dem Vertrauensprinzip auszufüllen.⁴ Ein bestimmtes Vertragstypenrecht wird dazu grundsätzlich nicht beigezogen,⁵ was nicht heisst, dass eine richtig vorgenommene Vertragsergänzung nicht zu einer im Vertragstypenrecht vorgezeichneten Lösung führen könnte.

Im folgenden wird das Verhältnis der FuE-Verträge zu verschiedenen Vertragstypenrechten untersucht.

3 Zur Frage der Abgrenzung typischer von atypischen Sachverhalten SCHLUEP, Innominatverträge, S.894 ff.vgl. dazu auch LEONHARD, S. 325; WEISS, S. 37 ff.und MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 2.

Zur Abgrenzung ist jedenfalls nicht abzustellen auf eine Merkmalsidentität zwischen konkretem Vertrag und Vertragstypus, weil der Typus im Gegensatz zum Begriff keine feste Kombination bestimmter Wesensmerkmale darstellt. Erforderlich ist eine wertende Gesamtbetrachtung im Hinblick auf die den Vertragstypen zugeordneten Rechtsfolgen. Die an den Begriff gebundene Subsumtion bleibt dabei eine (wichtige) Quelle der Erkenntnis, ist aber für die typologische Zuordnung bloss wegleitend nicht entscheidend.

4 Zur Ergänzung lückenhafter Verträge vgl. für viele OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 1939, S. 178 ff.

5 SCHLUEP, Innominatverträge, S.797.Dagegen hat sich der Richter an die im Vertragstypenrecht als Ganzes verkörperten Wertvorstellungen zu halten. (Art. 4 ZGB). Vgl. aber die zutreffende Kritik von ZAECH, SJZ 74 1978, S. 181 ff., dass das Abstellen auf Ueberliefertes der Dynamik in der richterlichen Rechtsfortbildung hinderlich ist.

I. DER FUE - VERTRAG ALS NOMINATKONTRAKT

A. FuE-Vertrag als Auftrag

Gegenstand des Auftrages ist das Erbringen einer Arbeitsleistung ohne Verpflichtung zu einem allenfalls erwarteten Erfolg.⁶ Arbeitsleistung kann jede Tätigkeit sein, insbesondere (aber nicht nur) solche geistig - schöpferischer Art.⁷ Wegen der Beschränkung der Leistungspflicht des Beauftragten auf sorgfältiges Arbeiten, ist Auftragsrecht dann passend, wenn die Auswirkungen der Vertragsobjekt bildenden Tätigkeit im Hinblick auf den angestrebten Erfolg nicht feststellbar sind,⁸ oder deren Ergebnis nicht objektiv bewertbar ist.⁹

Ihrer Natur entsprechend scheinen FuE-Aktivitäten jedenfalls als Objekt eines Auftrages geeignet zu sein, weshalb im folgenden geprüft werden soll, ob und gegebenenfalls welche FuE-Verträge als Auftrag zu qualifizieren sind. Der typologischen Methode gemäss geht es dabei darum festzustellen, inwieweit die Rechtsfolgen des Auftrags auf FuE-Aufträge passen.

An erster Stelle ist die grundlegende Frage der Risikoverteilung zu behandeln. Im entgeltlichen Auftrag ist das Risiko bezüglich des Erreichens eines Zieles einseitig dem Auftraggeber überbunden. Er hat allen seinen Verpflichtungen, insbe-

6 Art. 394 OR, BGE 83 II 529, 81 II 231, 65 II 163; VON BUEREN II, S. 127; GAUTSCHI, Auftrag, N. 3 zu Art. 394 OR; OSER / SCHOENENBERGER, N. 9 zu Art. 394 OR.

7 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 430; VON BUEREN II, S. 127; OSER / SCHOENENBERGER, N. 3 zu Art. 394 OR.

8 Z.B. Behandlung des Arztes, Prozessführung des Rechtsanwalts. Im (negativen) Einzelfall kann auch bei Tätigkeiten mit an sich unsicherer Ursachen - Wirkung - Beziehung eine Handlung so entscheidend sein, dass sie als allein massgebliche Ursache erscheint. (Beispiel: Verschreiben einer unzweifelhaft tödlichen Dosis eines Wirkstoffes als Heilmittel). Vgl. GAUTSCHI, Werkvertrag, S. 9.

9 Beispiele dafür sind: Einfamilienhausprojekt eines Architekten in ästhetischer Hinsicht, Spielen eines Musikstückes durch einen Pianisten.

sondere der Entschädigungspflicht nachzukommen, auch wenn die (sorgfältige) Arbeit des Beauftragten nicht den gewünschten Erfolg bringt oder für ihn gar völlig nutzlos ist.¹⁰ Diese Risikoverteilung entspricht der Überwiegend in der FuE-Vertragspraxis gewählten und ist auch in vielen Fällen von der Sache her gerechtfertigt. Die der FuE innewohnende Unsicherheit über das Erreichen des Ergebnisses lässt es vernünftig erscheinen, dass sich der FuE-Nehmer nicht zur Lieferung eines Resultats verpflichtet, das möglicherweise gar (noch) nicht oder nur mit Mitteln erreicht werden kann, die in keinem Verhältnis zum erwarteten Nutzen stehen. Immerhin ist auch eine andere Risikoverteilung denkbar und in der Praxis auch anzutreffen. Solche FuE-Verträge sind jedenfalls nicht als Aufträge zu qualifizieren, da das Rechtsfolgesystem des Auftrags die einseitige Risikoverteilung voraussetzt.

Diese kann allerdings nicht losgelöst von der Berechtigung an allfälligen Ergebnissen der vertraglichen Arbeiten betrachtet werden. Das Auftragsrecht weist konsequenterweise dem Auftraggeber, der allein das Risiko trägt, auch den Nutzen an den in seinem Interesse ausgeführten Arbeiten zu. Der Mandatar hat alles herauszugeben, was ihm im Rahmen des Auftrags zugekommen ist (Art. 400 I OR). "Es hat umfassend eine Erfolgsübertragung stattzufinden",¹¹ die alles einschliesst, was der Beauftragte erworben und erarbeitet hat, also auch Kenntnisse und Erfindungen, die gerade bei FuE-Verträgen Vertragszweck sein können.¹² Die dem Auftrag eigene Zuweisung des Ri-

10 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 435; vgl. auch PEDRAZZINI, S. 503; GAUTSCHI, Auftrag, N. 5a zu Art. 404 OR.

11 VON BUEREN II, S. 132.

12 Vgl. auch ZR 42 Nr. 6; neuestens GAUL / BARTENBACH, DB 1978, S. 1164.

sikos zulasten und des Nutzens zugunsten des Auftraggebers ist bei FuE-Projektverträgen, bei FuE-Verträgen auf Zeit und bei FuE-Beratungsverträgen anzutreffen. Bei all diesen Vertragsformen können (müssen aber nicht) Risiko- und Nutzenverteilung dem Auftrag entsprechen. Für diese ist daher zu prüfen, ob und gegebenenfalls unter welchen (zusätzlichen) Voraussetzungen das gesamte Auftragsrecht darauf passt, und diese demzufolge als Auftrag zu qualifizieren sind.

Vorweg ist abzuklären, wie sich das Wesen der FuE-Verträge auf Zeit (vorn S.42 f.) zu dem des Auftrags verhält. Die herrschende Meinung nimmt an, dass Inhalt des Auftrags nicht auch das Entfalten einer bestimmten Tätigkeit auf Zeit sein kann.¹³ Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Denn: Der Auftrag ist zurecht (auch) als "Arbeitsrecht der freien Berufe" bezeichnet worden.¹⁴ Der Auftrag unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag dadurch, dass bei diesem im Gegensatz zu jenem zwischen den Parteien ein Unterordnungsverhältnis besteht.¹⁵ Entsprechend ist der Arbeitnehmer in weit höherem Masse wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig als es - wenn überhaupt - der Beauftragte vom Auftraggeber ist,¹⁶ woraus sich auch hauptsächlich die unterschiedlichen Rechtsfolgen

13 Nach BGE II 529 endet der Auftrag "par l'accomplissement de la tâche qu'assume le mandataire". Gl.M. VON BUEREN II, S. 127, und GAUCH, Dauerverträge, S. 11 ff. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 379, stellen fest, dass "der Beauftragte weder nach der Zeit leistet noch ..."; aber die gleichen Autoren, S. 436: "Da sich der Auftrag *gewöhnlich* nicht als Dauerverhältnis, ..., darstellt ...".

14 GAUTSCHI, Auftrag, S. 11, N. 12.

15 Vgl. GAUTSCHI, Auftrag, N.62b zu Art. 394 OR; REHBINDER, S. 25; GAUCH, Dauerverträge, S. 12; GUHL / MERZ / KUMMER, S. 381.

16 Für den Ausnahmefall, dass sich der Beauftragte - hier der Berater - tatsächlich in starker wirtschaftlicher Abhängigkeit befindet, kann eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Normen angemessen sein. REHBINDER, S. 25.

von Auftrag und Arbeitsvertrag erklären. Dem Umstand, dass diese auf Zeit, jene dagegen nach herrschender Meinung nicht auf Zeit abgeschlossen werden, kommt jedoch keine Bedeutung zu.¹⁷ Das Rechtsfolgesystem des Auftrags ist auch passend für Verträge, deren Objekt die Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit auf Zeit ist.¹⁸ Störend kann sich allenfalls das freie Widerrufsrecht beider Parteien auswirken (Art. 404 OR). Dies gilt jedoch auch für viele weitere Auftragsarten.¹⁹ Schliesslich ist doch festzustellen, dass Art. 394 OR, der die gesetzliche "Typenbeschreibung"²⁰ des Auftrags enthält, nichts zu entnehmen ist, was darauf hinwiese, dass Auftrag nicht auch eine Verpflichtung auf Zeit sein kann. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Vereinbarung einer Dienstleistung für eine gewisse Zeit sich nicht als Auftrag qualifizieren kann.²¹

Der Auftrag ist gekennzeichnet durch die Haftung des Beauftragten für getreue und sorgfältige Ausführung (Art. 398 I OR).

17 VISCHER, S. 309.

18 Vgl. BGE 98 II 308.

19 Vgl. JAEGGI, SJZ, 69 1973, S. 304; VON BUEREN II, S. 140 ff.

20 Aus typologischer Sicht ist der Begriff "Legaldefinition" unzutreffend und durch den hier verwendeten ("Typenbeschreibung") zu ersetzen.

21 Richtig ist, dass bloss die Vereinbarung einer Zeitdauer, während welcher überhaupt nicht bestimmte Arbeiten auszuführen sind, nicht als Auftrag zu betrachten ist. Die geschuldete Tätigkeit muss auf ein Ziel gerichtet sein, ohne dass dessen Erreichen jedoch geschuldet ist. Angezeigt ist eine zeitliche Bestimmung etwa des Leistungsumfangs dann, wenn sich der Umfang der Arbeiten nicht aus der Natur des zu besorgenden Geschäftes ergibt (Art. 396 I OR). (In welchem Umfang ist z.B. eine Beratung der FuE-Abteilung eines Unternehmens sinnvoll?) Aber auch da wo der zeitliche Aufwand von der Sache her bestimmt ist, lässt sich die Verabredung einer Auftragsleistung auf Zeit vertreten. (Dem Ingenieurbureau wird die Projektleitung zur Herstellung einer technischen Anlage auf ein Jahr übertragen, weil der Auftraggeber nach Ablauf dieser Frist die Leitung seinen Angestellten überlassen will).

Ohne an dieser Stelle darauf einzugehen, was konkret darunter zu verstehen ist²² (darüber hinten S. 172 ff) kann hier festgehalten werden, dass diese Haftungsordnung auf FuE-Verträge mit auftragsrechtlicher Risiko- und Nutzenverteilung passt.²³ Die der FuE innewohnende Unsicherheit verbietet es in der Regel, den FuE-Nehmer strenger als für sorgfältiges Arbeiten haften zu lassen. Naturgemäss gilt dies vor allem im Bereich der Grundlagenforschung, in vielen Fällen aber auch für Entwicklungsverträge. Die FuE-Tätigkeit erweist sich gewissermassen als Modellfall für die auftragsrechtliche Haftungsordnung.

Ebenso entspricht die Stellung des FuE-Gebers in den hier betrachteten Verträgen, der des Auftraggebers. Er hat den Beauftragten zu entschädigen, sofern dies verabredet oder üblich ist (Art. 394 III OR), welches letzteres in aller Regel anzunehmen ist. Angepasst ist auch die Verpflichtung zum Auslagenersatz (Art. 402 I OR) und - im Falle des Verschuldens - zum Schadenersatz (Art. 402 II OR).

Dagegen ist das beiden Parteien eingeräumte jederzeitige Widerrufsrecht (Art. 404 I) das vom Bundesgericht und einem Teil der Lehre als unverzichtbar betrachtet wird,²⁴ für FuE-Verträge im allgemeinen nicht gerechtfertigt.²⁵ Zu Recht wird denn auch in der Literatur die zwingende Natur dieser Bestimmung bestritten.²⁶ Zur Begründung der Unverzichtbarkeit des Wider-

22 Vgl. dazu GAUTSCHI, Auftrag N. 21 ff. zu Art. 398 OR.

23 Gl. M. NEBEL, S. 73.

24 BGE 98 II 307; BGE 83 II 528; GAUTSCHI, Auftrag, N. 10 und 15a zu Art. 404. OSER / SCHOENENBERGER, N. 2 zu Art. 404.

25 Gl. M. NEBEL, S. 74 ff.

26 Vgl. VON BUEREN II, S. 140; JAEGGI SJZ 69 1973, S. 304.

rufsrechts wird auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem hingewiesen.²⁷

Dieses ist aber nicht charakteristisch für den Auftrag, besteht ein solcher doch auch in andern Vertragsverhältnissen, etwa im Arbeits- oder Agenturvertrag. Daneben ist auch zu beachten, dass Auftraggeber und Beauftragter einander nicht dasselbe Vertrauen entgegenzubringen haben.²⁸

Sicher hat der *Auftraggeber* dem Beauftragten zu vertrauen, weil die Vertragsgegenstand bildende Arbeitsleistung regelmässig ihrem Wesen gemäss nicht auf ihren Wert geprüft werden kann. Er kann nur hoffen, dass er einen tüchtigen Vertreter des betreffenden Berufsstandes verpflichtet hat. Sieht er sich in dieser Hoffnung getäuscht, verliert er sein Vertrauen, was nicht auf objektiv feststellbare schlechte Arbeit des Beauftragten zurückzuführen sein muss, kann ihm die in seinem Interesse erfolgende weitere Tätigkeit eines "Unvertrauten" nicht mehr zugemutet werden.²⁹ Folglich ist dem Auftraggeber ein jederzeitiges Widerrufsrecht zwingend einzuräumen. Es ist dann aber auch zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Beauftragten eine Entschädigung aufgrund des Widerrufs zukommt. Richtiger, der herrschenden Meinung widersprechender³⁰ Ansicht zufolge, ist der widerrufende Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten grundsätzlich die Kosten (auch Opportunitätskosten)³¹ zu ersetzen, die diesem nach dem Widerruf erwachsen und die Folge

27 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 436; GAUTSCHI, Auftrag N 10 b zu Art. 404 OR; BGE 98 II 308, 95 II 25.

28 So betrachtet auch VON BUEREN II, S. 140-142, die Stellung des Auftraggebers und des Beauftragten getrennt. Vgl. auch RUPPERT, SJZ 66 1970, S. 285.

29 Vgl. GAUTSCHI, Auftrag, N. 10 b zu Art. 404 OR.

30 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 436 f; GAUTSCHI, Auftrag, N. 10 d zu Art. 404 OR; BGE 59 II 261, 57 II 190, dagegen BGE 83 II 529.

31 Vgl. dazu KLEINER MERKUR II, S. 166; SAMUELSON, S. 474 f; MERK, S. 99.

berechtigter Dispositionen des Beauftragten vor dem Widerruf sind. Diese Regelung folgt aus Art. 404 II OR, wonach der unzeitig Widerrufende zum Ersatz des dem andern zugefügten Schadens verpflichtet ist. Zur "Unzeit" erfolgt ein Widerruf des Auftraggebers immer, wenn er dem Beauftragten unabwendbare Kosten verursacht, anders kann der Begriff sinnvoll nicht verstanden werden. Präzisierend ist festzuhalten, dass nur zur Unzeit widerrufen werden kann, solange der Beauftragte sich keiner Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, der Vertrauensverlust des Auftraggebers demzufolge nicht objektiv begründet ist.³² Verletzt der Mandatar dagegen seine Pflicht, erfolgt der Widerruf des Mandanten nie zur Unzeit.

Aufgrund dieser Regelung ist der Auftraggeber in dieser Hinsicht nicht etwa dem Besteller im Werkvertrag gleichgestellt. Unterschiede zeigen sich in zweifacher Hinsicht. Erstens hat der Auftraggeber anders als der Besteller nicht für das Erfüllungsinteresse aufzukommen. Der Unternehmer profitiert vom (für ihn) günstigen Abschluss, wenn der Besteller zurücktritt, da sich sein Schadenersatz nach der vereinbarten Vergütung richtet,³³ der Beauftragte dagegen nicht, weil die ihm zustehende Erstattung seiner Kosten vom vereinbarten Honorar unabhängig ist. Und zweitens befreit den Besteller nicht jede Pflichtverletzung des Unternehmers von der Schadenersatzpflicht wegen Rücktritts, vielmehr sind die betreffenden Fälle im Gesetz abschliessend aufgezählt. (Art. 366 OR).³⁴

Die dem Grundsatz nach hier dargelegte auftragsrechtliche Widerrufsregelung bedarf im Hinblick auf FuE-Verträge der

32 Vgl. GAUTSCHI, SJZ 70 1974, S. 23.

33 Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 426; GAUTSCHI, Werkvertrag, N. 15a zu Art. 377 OR.

34 Vgl. GAUTSCHI, Werkvertrag, N. 5 ff. zu Art. 377 OR.

Konkretisierung. Im Fall der *FuE-Projektverträge* werden regelmässig das ganze Projekt betreffende Dispositionen zweckmässig und deshalb berechtigt sein. Der FuE-Nehmer soll es nicht zu vertreten haben, wenn der FuE-Geber grundlos widerruft. Entsprechend wird bei solchen Verträgen das Ausüben des Widerrufsrechts eine Entschädigungspflicht begründen. Ähnliches gilt für *FuE-Verträge auf Zeit*, wo berechtigterweise für die vereinbarte Dauer Verpflichtungen eingegangen und Mittel bereitgestellt werden. Bei den *FuE-Beratungsverträgen* liegen die Dinge anders. Der Berater hat im allgemeinen nur seine Fähigkeiten und Kenntnisse zur Verfügung zu stellen und hat keine besondern Aufwendungen im Hinblick auf sein Mandat vorzunehmen. Da er für verschiedene Auftraggeber tätig sein kann und es in der Regel auch ist, hat er das Risiko zu tragen, das ihm aus dem Entzug eines Auftrages bezüglich seiner Beschäftigungslage erwächst. Kennt der Berater den Umfang der von ihm zu erbringenden Dienste nicht, kann er vernünftigerweise auch nicht gestützt darauf disponieren.³⁵ Soll er seine Leistung jedoch für eine vereinbarte Zeit erbringen, wird von Fall zu Fall zu prüfen sein, ob nicht doch eine "Abgangsent-schädigung" angemessen ist. Diese wird umso eher anzunehmen sein, je stärker die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beraters vom FuE-Geber ist.

Das jederzeitige Widerrufsrecht, dessen Bedeutung für den Auftraggeber vorstehend erläutert worden ist, steht nach herrschender Lehre auch dem Beauftragten zu,³⁶ obwohl der

35 Die Art und Weise der Tätigkeitsausübung des Beraters gleicht der des Arztes oder Anwaltes, denen nach VON BUEREN II, S. 140, zurecht keine Entschädigung im Widerrufsfall zusteht.

36 GAUTSCHI, SJZ 70 1974, S. 23; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 436.

Beauftragte kein grösseres Vertrauen in den Auftraggeber haben muss als sonst eine Partei in einem andern Vertragsverhältnis. Der Chirurg oder der Anwalt, der ein Rechtsgutachten erstellt, können ihre Arbeit untadelig verrichten, ohne ihren Patienten oder Klienten ein besonderes Vertrauen entgegenzubringen. Ebensowenig ist dies eine notwendige Voraussetzung für die erfolgreiche Arbeit des Beraters im FuE-Vertrag. Mit einem besondern Vertrauensverhältnis des Beauftragten zum Auftraggeber - da nicht notwendigerweise bestehend - lässt sich jedenfalls das Widerrufsrecht des Beauftragten nicht begründen. Ob dies gerechtfertigt ist, wenn der Beauftragte eine höchstpersönliche Arbeit erbringt, wie dies JAEGGI³⁷ annimmt, kann hier dahingestellt bleiben. FuE-Tätigkeiten sind keine höchstpersönlichen, auch wenn sie von jemandem wegen seiner persönlichen Fähigkeiten ausgeführt werden und obwohl sie geistig-schöpferischer Natur sind.³⁸ Demzufolge ist die Annahme eines vorbehaltlosen Widerrufsrechts für den FuE-Nehmer nicht gerechtfertigt.

Hält man mit der herrschenden Meinung an der Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts fest, können FuE-Verträge wegen dessen Unangemessenheit nicht dem Auftragsrecht unterstellt werden. Auftragsrecht ist nur dann passend, wenn die Parteien ein beidseitiges Widerrufsrecht vereinbaren, was in der Praxis jedoch selten vorkommt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass von den FuE-Verträgen nur diejenigen als Auftrag zu qualifizieren sind, die Risiko und Nutzen allein dem FuE-Geber zukommen lassen und die ein beidseitiges Widerrufsrecht enthalten oder wenn

37 SJZ 69 1973, S. 304, gestützt darauf auch GAUCH, Werkvertrag, S. 24.

38 Vgl. JAEGGI, SJZ 69 1973, S. 304.

der Beauftragte unentgeltlich tätig wird.³⁹ Erfüllt ein FuE-Vertrag diese Bedingungen nicht, kann er sich höchstens als ein mandatsähnlicher Vertrag sui generis erweisen.⁴⁰ Verträge dieser Art können FuE-Projektvertrag, FuE-Vertrag auf Zeit und FuE-Beratungsverträge sein.

B. FuE-Vertrag als Werkvertrag

Der Werkvertrag ist charakterisiert durch die Pflicht der einen Partei (des Unternehmers), ein Werk herzustellen (Art. 363 OR). "Werk" im Sinne des Werkvertragsrechts ist der vereinbarte Arbeitserfolg, der richtiger Ansicht zufolge ein körperlicher oder ein unkörperlicher sein kann.⁴¹ "Erfolg" als Bestandteil des Begriffs "Arbeitserfolg" kann nur sein, was objektiv feststellbar ist.⁴² Der Besteller "hat Anrecht auf das Werk, wie es sein soll"⁴³ was objektive Feststellbarkeit dieses Sein-Sollens voraussetzt. Ueberdies setzt das werkvertragliche Rechtsfolgesystem, insbesondere die Bestimmungen über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR), eine "gewisse Körperlichkeit"⁴⁴ des Arbeits-

39 Nach übereinstimmender Auffassung ist das jederzeitige Widerrufsrecht bei unentgeltlichen Aufträgen gerechtfertigt. Für viele VON BUEREN II, S. 140, JAEGGI, SJZ 69 1973, S. 304.

40 Vgl. dazu BGE 83 II 529; Der Ansicht von NEBEL, S. 76, wonach die Annahme der dispositiven Natur des Art. 404 OR zur Qualifikation der FuE-Verträge als Auftrag genügen würde, ist nicht zu folgen. Das jederzeitige Widerrufsrecht widerspricht der vorherrschenden Interessenlage der Parteien und ist deshalb auch nicht dispositiv zur Vertragsergänzung geeignet.

41 GAUCH, Werkvertrag, S. 23 ff; PEDRAZZINI, S. 499; JAEGGI, SJZ 69 1973, S. 304; BGE 83 II 529, 70 II 218; a.A. GAUTSCHI, Werkvertrag, S. 9; ders. SJZ 70 1974, S. 21 ff; SCHLATTER, S. 15. f.

42 Subjektiv ist, welche Anforderungen man an einen Erfolg stellt. Diese müssen jedoch mit dem tatsächlich Erreichten objektiv vergleichbar sein. Häufig sind in gängigen Dingen auch die Anforderungen für den Erfolg objektiviert. Erfolgreiche Prozessführung z.B. heisst in der Regel Prozessgewinn, kann aber in den Augen der Parteien auch ein (günstiger) Vergleich sein, so etwa, wenn sich eine Partei vom Streitwert von 10'000 Fr. mindestens 5'000 Fr. erstreiten will und sich durch Vergleich 6'000 Fr. sichert.

43 VON BUEREN II, S. 145.

44 GAUCH, Werkvertrag, S. 24; Vgl. auch VON BUEREN II, S. 143.

ergebnisses voraus.

Für FuE-Verträge entscheidend ist die Frage, ob auch ein (feststellbarer) Arbeitserfolg, dessen Erreichbarkeit unsicher ist, Gegenstand eines Werkvertrages sein kann. Es ist dies eine Frage der Risikoverteilung, denn wenn sich der FuE-Nehmer zu einem bestimmten Arbeitserfolg verpflichtet, trägt er das Risiko, dass er nicht in der Lage ist, diesen zu erreichen. Nun ist eine solche Risikoübernahme an sich nicht ungewöhnlich und deshalb grundsätzlich zulässig. Zu beachten ist allerdings, dass die Risiken im FuE-Bereich aussergewöhnlich gross sind und demzufolge nicht zu vermuten ist, dass der FuE-Nehmer für den Erfolg seiner Tätigkeit eintreten will.⁴⁵ Wird dies jedoch ausdrücklich vereinbart oder geht es zwingend aus den Umständen hervor, steht der Gültigkeit einer solchen Vereinbarung nichts im Wege. Denn das Risiko eines Misserfolgs besteht nicht nur im Bereich der FuE, sondern auch in andern Bereichen unternehmerischer Tätigkeit.⁴⁶

Für eine Zuordnung zum Werkvertrag kommen von den FuE-Verträgen zum vornherein nur die FuE-Projektverträge in Frage. Die Prüfung, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen FuE-Verträge als Werkvertrag zu qualifizieren sind, ist deshalb auf jene beschränkt. Vorweg ist festzustellen, dass ein allfälliger, durch FuE-Tätigkeit angestrebter Arbeitserfolg immer ein unkörperlicher ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Herstellung eines Modells, Prototyps, einer Versuchsanlage oder etwas ähnliches zum Vertragsgegenstand gehört. Diese dienen lediglich der Verkörperung der in ihnen enthaltenen Ideen und technischen Lehren.⁴⁷ Ist Vertragszweck jedoch gerade die Her-

45 Vgl. PFISTER, BB 1966, S. 15.

46 Vgl. NEBEL, S. 84.

47 Es gilt für diese Objekte dasselbe wie für Pläne und Modelle eines Architekten oder Ingenieurs. Vgl. GAUTSCHI, SJZ 70 1974, S. 22.

stellung solcher Objekte, handelt es sich nicht mehr um einen FuE-, sondern allenfalls um einen Engineering- oder Konstruktionsauftrag.⁴⁸ Wie eingangs erwähnt, kann Arbeitserfolg nur sein, was objektiv feststellbar ist, oder anders ausgedrückt, die vertragsgemässe Herstellung des Werks muss nach objektiven Kriterien überprüfbar sein. Diese Voraussetzung kann - muss aber nicht - bei FuE-Projekten gegeben sein, z.B. wenn es darum geht, die Struktur einer chemischen Verbindung aufzuzeigen. Auch nehmen FuE-Ergebnisse regelmässig "dauernde Gestalt" in einer Sache an,⁴⁹ indem sie schriftlich festgehalten oder in Plänen oder Modellen verkörpert werden.

Wenn die genannten Voraussetzungen im Falle von FuE-Projektverträgen erfüllt sein können, ist damit über die Frage deren Zuordnung zu den Werkverträgen noch nicht entschieden. Diese ist vielmehr erst dann vorzunehmen, wenn auch die werkvertraglichen Rechtsfolgen auf solche FuE-Verträge passen. Offensichtlich stellen diese (wenn überhaupt) einen Rand-Tatbestand des Werkvertrages dar, weil verschiedene Normen die auf stoffliche Werke zugeschnitten sind, nicht zur Anwendung gelangen können, da sie Fragen regeln, die sich im Zusammenhang von FuE-Verträgen nicht stellen.⁵⁰ Dies schliesst aber nicht aus, dass die in Frage kommenden Regeln den FuE-Verträgen angemessen sein können.

Was die Vertragsauflösung anbelangt (Art. 377 OR), kann festgestellt werden, dass diese durchaus der Interessenlage in FuE-Projektverträgen entspricht, da der Anspruch des FuE-Gebers auf Vollendung und Ablieferung des Versprochenen gerechtfertigt ist,

48 Vgl. SCHLUEP, Innominatverträge, S. 902; PFISTER, BB 1966, S. 15.

49 GAUCH, Werkvertrag, S. 24.

50 JAEGLI, SJZ 69 1973, S. 303.

andererseits der FuE-Nehmer mit der vereinbarten Vergütung rechnen darf. Ebenso können die Regeln der Mängelhaftung angemessen sein. Denn falls das Ergebnis der vertraglichen FuE-Tätigkeit mit dem Vereinbarten objektiv verglichen werden kann (z.B. anhand der Spezifikationen), ist auch das Vorhandensein rügbarer Mängel möglich.⁵¹

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass FuE-Projektverträge, in denen sich der FuE-Nehmer zur erfolgreichen Durchführung eines FuE-Projektes verpflichtet, dessen Ergebnis objektiv überprüfbar ist, als Werkverträge zu qualifizieren sind oder dass zumindest - beim Vorliegen zusätzlicher Elemente anderer Verträge⁵² - bei der Rechtsanwendung die werkvertraglichen Elemente zu berücksichtigen sind.

C. FuE-Vertrag als Schenkung

Schenkungen ist die Verpflichtung des Schenkers zu einer unentgeltlichen Zuwendung aus seinem Vermögen an den Beschenkten (Art. 239 OR), die nach Art. 245 OR an Auflagen gebunden werden kann, welche von den Gegenleistungen zu trennen sind.⁵³

Diese Voraussetzungen sind in gewissen Fällen beim FuE-Projektunterstützungsvertrag gegeben, nämlich dann, wenn der FuE-Geber seine Unterstützungspflicht mit der Auflage verbindet, dass seine Zuwendung für die Durchführung von FuE-Vorhaben zu verwenden ist.⁵⁴ Allenfalls kann die Auflage den FuE-Nehmer auch verpflichten, die FuE-Ergebnisse zu veröffentlichen oder deren Verwertung interessierten Dritten unentgeltlich oder zu angemessenen Bedingungen zu gestatten.

⁵¹ JAEGGI, SJZ 69 1973, S. 304.

⁵² Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 1 ff.

⁵³ Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 345; CAVIN, S. 183.

⁵⁴ FuE-Projektunterstützungsverträge, die als Schenkung mit Auflage zu qualifizieren sind, sind z.B.: Die Verpflichtung eines Büroeinrichtungsherstellers einer Gruppe von Psychologiestudenten zur Förderung deren Untersuchungen über die Auswirkungen der Farbgebung von Büroeinrichtungen auf das Leistungsverhalten der Angestellten, während eines halben Jahres monatlich Fr.5'000.-- zukommen zu lassen.

Die Vereinbarung eines Maschinenbaukonzerns mit einem Hochschuldozenten, die Arbeiten des metallurgischen Institutes zur Entwicklung bruchfester, harter Legierungen mit Fr.100'000.-- zu unterstützen verbunden mit der Auflage, vor Veröffentlichung der Ergebnisse Einsicht in die Zwischen- und Schlussberichte nehmen zu können.

Unzweifelhaft handelt es sich bei der Leistung des FuE-Gebers um eine Zuwendung, handle es sich dabei - was die Regel ist - um die Bezahlung eines Geldbetrages oder etwa um das Ueberlassen von Einrichtungen zu Eigentum oder um Beratung, die sonst zu vergüten ist.⁵⁵ Die Verpflichtung des FuE-Nehmers, das ihm Zugewendete für FuE-Zwecke zu verwenden und allenfalls dem FuE-Geber Ergebnisse bekanntzugeben, ist keine Gegenleistung. Sie steht nicht im Austauschverhältnis mit der Schenkung, sondern ist bloss abhängig von ihr.⁵⁶

Räumt der FuE-Nehmer jedoch dem FuE-Geber Rechte an allfälligen Ergebnissen ein, kann nicht mehr von einer Schenkung gesprochen werden. Sind die Verwertungsrechte im Vergleich zur Unterstützungslleistung nach dem Willen der Partei von geringem Wert, wird von negotium mixtum cum donatione gesprochen,⁵⁷ das als Vertrag sui generis grundsätzlich eigenen Regeln untersteht, die aber dem Schenkungsrecht analog nachgebildet sind.⁵⁸ Da auch in solchen Fällen die FuE-Tätigkeit vorwiegend im Interesse des FuE-Nehmers ausgeführt wird, qualifizieren sich auch diese als FuE-Projektunterstützungsverträge. Anders verhält es sich, wenn der Wert der Rechte, die dem FuE-Geber eingeräumt werden, dem Wert dessen Leistung - zumindest einigermaßen - entspricht oder ihn gar übersteigt. Ein solcher Vertrag hat überhaupt keinen Bezug mehr zur Schenkung; und da in diesen Fällen die FuE-Tätigkeit nicht mehr (primär) im Interesse des FuE-Nehmers liegt, kann auch nicht mehr von einem FuE-Projektunterstützungsvertrag die Rede sein.

D. FuE-Vertrag als einfacher Gesellschaftsvertrag

FuE-Verträge können als einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) konzipiert werden und werden dann FuE-Partnerschaften oder FuE-Gemeinschaften genannt. Anders als bei den zweiseitigen Verträgen

55 Keine Schenkung sind blosse Gefälligkeitshandlungen, wie etwa allgemeine unentgeltliche Beratung. Vgl. CAVIN, S. 185.

56 CAVIN, S. 189 - 192; GUHL / MERZ / KUMMER, S. 47; VON BUEREN II, S. 277 f; BGE 80 II 260, 85 II 609.

57 MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 7; GUHL / MERZ / KUMMER, S.292 f; CAVIN, S.186 f.

58 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 342.

sind bei den Gesellschaftsverträgen in erheblichem Mass die Drittinteressen der weiteren am Gesellschaftsverhältnis Beteiligten zu beachten,⁵⁹ weshalb sich hier die Frage der Angemessenheit der Rechtsfolgen im einzelnen Fall insofern nicht stellt, als dass Vertragstypenrecht wegen des Schutzes Dritter unabhängig davon anzuwenden ist, ob es der Interessenlage der Gesellschafter in allen Fällen entspricht.⁶⁰ Dies hat zwei einschneidende Konsequenzen. Erstens liegt ein Gesellschaftsverhältnis vor, wenn die Parteien sich zur gemeinsamen Verfolgung eines Zwecks vereinigen wollen, unabhängig davon, ob die Parteien auch die Folgen eines Gesellschaftsverhältnisses zu tragen gewillt sind. Und zweitens sind dem Parteiwillen enge Grenzen gesetzt, weil alle Vereinbarungen auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes Dritter zu würdigen sind.

FuE-Verträge sind demnach immer als Gesellschaftsverträge zu qualifizieren, wenn aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse der Wille erkenntlich ist, einen bestimmten Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln zu verfolgen.⁶¹

Zweck der FuE-Partnerschaften ist ganz allgemein das Entfalten von FuE-Aktivitäten in kommerzieller oder in anderer Absicht.

Die gemeinsamen Mittel und Kräfte, kurz die Mitwirkungspflichten, der Vertragspartner können verschiedener Art sein und in irgendwelcher Vorteilsverschaffung zugunsten der Gesellschaft bestehen. In Ergänzung und zur Spezifizierung der in Art. 531 I erwähnten Beiträge, sind noch folgende für FuE-Partnerschaften typische zu erwähnen: Einbringen von Patenten, Zurverfügungstellen von Ideen, Erfahrungen und Kenntnissen in organisatorischer und fachlicher Hinsicht einschliesslich Fabrikationsgeheimnisse, Ueberlassen von Unterlagen über bereits durchgeführte FuE-Arbeiten, Duldung einer Patentverletzung, Einräumen von Lizenzen, fachliche und organisatorische Beratung und Vermittlung oder Zurverfügungstellung qualifizierten FuE-Personals.

59 MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 38.

60 Vgl. OTT, S. 84 ff.

61 MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 39.

Fraglich ist, ob auch bloss das Unterlassen eines bestimmten Verhaltens, z.B. die Verpflichtung, keine FuE-Aktivitäten auf eigene Rechnung zu entfalten, als alleinige Beitragsleistung ausreicht.⁶² Dies ist im Falle von FuE-Partnerschaften zu verneinen, da deren Zweck immer in der Entfaltung von Aktivitäten besteht, ein blosses Unterlassen diesen jedoch nicht begünstigen kann. Denn bloss die Pflicht einen solchen Zweck nicht zu verhindern, die sich überdies schon zwingend aus Art. 536 OR ergibt, trägt nichts zu dessen Erreichung bei, was offensichtlich wird, wenn man sich vorstellt, dass alle Gesellschafter sich bloss dazu verpflichten.

Ansonsten können Art und Umfang der Gesellschaftsbeiträge von Gesellschafter zu Gesellschafter verschieden sein. Dies ermöglicht die für FuE-Partnerschaften übliche Regelung, dass jede Partei ihr Spezialwissen, ihre Fähigkeiten und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen hat, die sich weder der Art noch dem Umfang nach entsprechen. Der Regel von Art. 531 II OR, wonach alle Parteien gleiche Beiträge zu erbringen haben, wird zumeist derogiert.

Häufig bestehen die Beiträge in immateriellen Gütern, die nicht durch ein Ausschliesslichkeitsrecht geschützt sind.⁶³ Haben die Parteien nicht bestimmt, in welchem Umfang diese von jedem Gesellschafter zu verwerten sind, ist zu vermuten, dass dies nur zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks gestattet sein soll. Soweit sich die ungeschützten Immaterialgüter anders als zu Zwecken der Gesellschaft verwerten lassen, ist dies dem Einbringer vorbehalten. Der Gesellschaft wird also eine nicht ausschliessliche, begrenzte Lizenz erteilt. Ueberdies ist diese widerruflich, da im Falle der Liquidation deren weitere Nutzung

62 Vgl. BGE 55 II 360.

63 Zur Frage der Bewertung immaterieller Beiträge vgl. C. BARZ, Know-how als Einbringungsgegenstand, in Festschrift W. SCHMIDT, Karlsruhe 1957.

dem Einbringer vorbehalten ist.⁶⁴ Dies gilt allerdings nur beschränkt. Soweit solche Immaterialgüter in den FuE-Ergebnissen aufgehen, stehen sie der Gesellschaft oder dem jeweils daran berechtigten Gesellschafter zu.

Streitig kann sein, ob auch solche Immaterialgüter in die Gesellschaft einzubringen sind, die ein Vertragspartner vor dem Vertragsabschluss besessen oder während des Vertrages aber nicht im Rahmen der partnerschaftlichen Arbeiten gefunden hat, und die geeignet sind, den Vertragszweck zu fördern.

Grundsätzlich ist ein Vertragspartner im FuE-Partnerschaftsvertrag nur verpflichtet, den gemeinsamen Zweck mit den vertraglich vereinbarten, nicht mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu fördern. Die Partei, die ihre zugesagte Leistung - z.B. Bezahlung von Fr. 50'000.-- erbringt, ist im allgemeinen wohl nicht auch noch verpflichtet, den Vertragsnehmern Kenntnisse zu vermitteln, die ihr möglicherweise selbst von Nutzen sein können. Zwei Einschränkungen sind jedoch zu beachten. Keine Partei darf das der Gesellschaft vorenthaltene Wissen so verwenden, dass dadurch der Gesellschaftszweck beeinträchtigt wird (Art. 536 OR); und aufgrund der Treue, die sich die Gesellschafter allgemein schulden, hat wohl jede Partei die andern zu informieren, falls sie Kenntnisse erwirbt, die das erfolgreiche Durchführen der geplanten FuE-Arbeiten als unmöglich erscheinen lassen.

Verpflichtet sich eine Partei jedoch, die Durchführung des gemeinsamen FuE-Projektes mit ihrem Wissen zu unterstützen, hat sie

64 Vgl. SCHRAMM, BB 1961, S. 106.

alle ihre Kenntnisse preiszugeben, auch solche die sie erst nach Vertragsabschluss bei anderer Gelegenheit erworben hat.

Nach Art. 533 OR hat jeder Gesellschafter unter Vorbehalt anderslautender Vereinbarung gleichen Anteil am *Gesellschafts-ertrag*. Bei FuE-Verträgen kann dieser in Kenntnissen und allenfalls darauf gründenden Schutzrechten oder in Forderungen aus dessen Verwertung bestehen.⁶⁵ Ob zum Gesellschaftszweck bloss die gemeinsame Erarbeitung neuen Wissens oder auch deren Verwertung gehört, ist aufgrund des (ausgelegten) Gesellschaftsvertrages zu entscheiden. Lässt sich diesem nichts entnehmen, ist der Vertrag nach der Regel zu ergänzen, dass die Verwertung der Ergebnisse Sache der Gesellschaft ist. Der Unterschied der gemeinsamen oder individuellen Verwertung ist bedeutsam.⁶⁶ Im ersten Fall profitieren alle Gesellschafter direkt von den FuE-Ergebnissen, im zweiten dagegen nur indirekt, soweit sie diese selber zu nutzen vermögen.

Die *Geschäftsführung* im allgemeinen und die allfällige Projektleitung, die ein Teil jener ist, im besondern steht nach Art. 535 OR allen Parteien gemeinsam zu, wenn nicht durch Vertrag oder Beschluss etwas anderes bestimmt ist. Zumindest was

65 Ueber die Gemeinschaft der an einem Patent berechtigten vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 307 ff.

66 Vgl. dazu auch NEBEL, S. 151-153.

die Projektleitung anbelangt, ist festzustellen, dass diese nicht einem Gremium übertragen werden sollte, dessen Beteiligte einander jederzeit dazwischenfahren und so den Fortgang der Arbeiten blockieren können (Art. 535 II OR).⁶⁷ Anders als die Projektleitung ist die Verwertung der Immaterialgüter nicht als eine gewöhnliche Handlung zu betrachten, zu deren Vornahme es daher unter Vorbehalt anderslautender vertraglicher Bestimmungen nach Art. 535 III OR der Einwilligung aller Gesellschafter bedarf.⁶⁸ Unter Verwertung der Immaterialgüter ist jede Handlung zu verstehen, die faktisch oder rechtlich die Benutzung Dritten oder den Gesellschaftern erlaubt, sowie die Kenntnissgabe von ungeschützten Erfindungen an Dritte, die einem Gesellschafter gewährte Erlaubnis, bestimmte FuE-Ergebnisse gegen Entgelt auf eigene Rechnung zu nutzen und Anmelden von Patenten.

Nach der *Auflösung* der Gesellschaft stellt sich die Frage nach der zweckmässigen Behandlung der Immaterialgüter. Verhältnismässig einfach ist die Liquidation durch Ausschliesslichkeitsrechte geschützter Immaterialgüter, die einem oder mehreren zusammen, Gesellschaftern oder Dritten, verkauft werden können.⁶⁹ Zu beachten ist, dass allfällige Lizenznehmer darauf basieren, dass die Lizenzen nur dann ein Recht auf deren Weiterbestand gegenüber dem Schutzrechtserwerber haben, wenn diese im Patentregister eingetragen sind. (Art. 34 Abs. 3 Pat G).⁷⁰ Dabei kommt

⁶⁷ Zu den Vorteilen einer Einpersonen-Projektleitung SIEGWART / MENZL, S. 32 f.

⁶⁸ Gl. M. NEBEL, S. 151, im erweiterten Zusammenhang auch S. 148-150.

⁶⁹ Vgl. TROLLER II, S. 757 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu BLUM / PEDRAZZINI II, S. 511 ff.

es nicht darauf an, ob Lizenznehmer Dritte oder Gesellschafter sind.⁷¹

Komplizierter ist die sinnvolle Liquidation ungeschützter Immaterialgüter, weil hier ein System von Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern und dem Erwerber dieser Immaterialgüter geschaffen werden muss, damit diesem überhaupt ein Vorteil aus der Benutzungsbefugnis erwächst. Da die ungeschützten Immaterialgüter in der Regel von jedem benutzt werden können, der davon Kenntnis erlangt,⁷² geht es darum, auf rechtlichem Wege eine *faktisch* ausschliessliche Benutzung zu ermöglichen. Dieses Ziel kann nur in der Weise verwirklicht werden, dass alle Gesellschafter, die von den fraglichen Immaterialgütern Kenntnis haben, sich gegenüber dem Erwerber verpflichten, keinen Gebrauch von ihren Kenntnissen zu machen, der die Interessen des Erwerbers beeinträchtigt. Die Stellung des Erwerbers ist jedoch prekär, weil er Dritten, die dennoch von den von ihm erworbenen Geheimnissen Kenntnis erlangen, deren Benutzung regelmässig nicht verbieten kann (von den Ausnahmen hinten S.233). Er kann nur von demjenigen, der seine Geheimhaltungspflicht verletzt hat, Schadenersatz fordern, wobei es in der Praxis meist schwierig ist, herauszufinden und zu beweisen, wer die Geheimhaltungspflicht verletzt hat.

71 Unzutreffend deshalb NEBEL, S. 154, der unterscheidet, ob die Lizenz Dritten oder Gesellschaftern gewährt wird, mit der Begründung, dass DrittenLizenzen vertraglich, Gesellschaftern dagegen durch blossen Gesellschafterbeschluss eingeräumt werden. Denn durch Gesellschaftsbeschluss kann kein Lizenzrecht erteilt, sondern bloss faktisch eine Benutzung erlaubt werden, die sowohl einem Dritten als auch einem Gesellschafter zugute kommen kann.

72 Vgl. aber BGE 77 II 263.

II. FUE-VERTRAG ALS INNOMINATKONTRAKT

Mit Ausnahme der FuE-Partnerschaft können sich alle Erscheinungsformen der FuE-Verträge als Verträge *sui generis*⁷³ erweisen, deren Besonderheit darin besteht, dass diese nicht unmittelbar durch (gesetzliches) Vertragstypenrecht ergänzt werden, da sie sich (gesetzlichem) Vertragstypen gegenüber als atypisch erweisen.⁷⁴ Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob nicht aussergesetzliches Vertragstypenrecht⁷⁵ zur Ergänzung dienen kann. Die Voraussetzung dazu ist die gleiche wie bei gesetzlichem Vertragsrecht: Der zu ergänzende Vertrag muss sich einem aussergesetzlichen Vertragstyp zuordnen lassen, also *typisch* sein.

Aufgrund der Vielzahl der möglichen und sinnvollen Leistungskombinationen, die einerseits im Wesen der FuE-Verträge, andererseits in den wechselnden Interessenlagen begründet sind, sind individuell gestaltete Verträge im FuE-Bereich verhältnismässig häufig.

Da für FuE-Verträge *sui iuris* kein FuE-Vertragstypenrecht besteht, sind diese "nach dem Vertrauensprinzip und analog dem Verfahren nach Art. 4 ZGB zu ergänzen".⁷⁶ Danach kommt es auf

73 Der Begriff der Verträge *sui generis* wird hier in einem weiten Sinne verstanden und umfasst alle selbständigen Verträge, die Tatbestandselemente in einer Weise vereinigen, wie sie sich bei den gesetzlichen Vertragstypen nicht findet. Vgl. SCHLUEP, Innominatsverträge, S. 776, und MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 1. Der Begriff schliesst somit auch die gemischten Verträge mit ein. Ausgeschlossen sind nur solche Verträge, wo die Beimischung typenfremder Tatbestandselemente nicht typenverfremdend wirkt. Das ist dann der Fall, wenn diese von untergeordneter Bedeutung sind, das heisst sich hinsichtlich des in Frage stehenden Typus als Nebenleistung erweisen. Vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 797.

74 SCHLUEP, a.a.O., S. 797 f.

75 Zur Bildung aussergesetzlichen Vertragstypenrechts. SCHLUEP, a.a.O., S. 798 ff.

76 SCHLUEP, a.a.O., S. 30. Nach MEIER-HAYOZ, N. 12 zu Art. 4 ZGB hat die Ergänzung "dem Einzelfall möglichst angemessen" zu erfolgen.

die Umstände des konkreten Falls an; eine direkte Anwendung irgendwelchen Vertragstypenrechts ist ausgeschlossen. Immerhin kann dieses analog herangezogen werden und ist dem Rechtsanwendenden eine Erkenntnisquelle für das, was als "richtig" anzusehen ist. Der Beizug beteiligter Vertragstypenrechte ist eine Hilfe im Bemühen, allgemeine Rechtsprinzipien auf einen konkreten Fall anzuwenden.⁷⁷ Zu beachten ist, dass atypische Verträge bloss an spezifischem, nicht auch an allgemeinem Formmangel leiden.⁷⁸ Die allgemeinen Bestimmungen des OR gelten auch für atypische Verträge, wobei allerdings jeweils zu prüfen ist, welcher Sinn ihnen im Bezug auf diese zukommt. Ebenso sind die Konsequenzen, die sich aus der besondern Natur der FuE und der Verwertung deren Ergebnisse ergeben, bei typischen und atypischen FuE-Verträgen dieselben. Schliesslich ist zu erwähnen, dass auch bei atypischen Dauerverträgen die aus deren Eigenart sich ergebenden Regeln anzuwenden sind.

Im folgenden werden die bei FuE-Verträgen hauptsächlich involvierten (gesetzlichen und aussergesetzlichen) Vertragstypenrechte dargelegt, soweit diese nicht vorn S.108 ff. behandelt worden sind. Denn nebst den im folgenden erwähnten können von allen Vertragstypen, denen ein FuE-Vertrag zugeordnet werden kann, Tatbestandselemente atypischen FuE-Verträgen beigemischt sein.⁷⁹ Die Frage, ob es sich bei den beigemischten Tatbestandselementen um Hauptleistungen, mit entsprechend typenverfremden-

77 Ein solches Vorgehen ist an die Voraussetzungen geknüpft, dass dem zu beurteilenden Vertrag typische Tatbestandselemente beigemischt sind. Handelt es sich bei diesem um einen völlig eigenständigen Vertrag (sui generis im engsten Sinn) kann kein Vertragstypenrecht auch nur analog herangezogen werden.

78 Vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 780.

79 Dies dürfte wohl in der überwiegenden Zahl der atypischen FuE-Verträge der Fall sein.

der Wirkung, oder bloss um typenfremde Nebenleistungen, entsprechend ohne typenverfremdende Wirkung, handelt, kann generell nicht beantwortet werden.⁸⁰ Eine Antwort lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände im einzelnen Fall finden. Es kann lediglich festgehalten werden, dass Tatbestandselemente aller nachstehend aufgeführten Vertragstypen sowohl Haupt- als auch Nebenleistungen in FuE-Verträgen sein können, aber nie für sich allein in FuE-Verträgen vorzufinden sind.

A. Lizenzrechtliche Elemente in FuE-Verträgen

FuE-Verträge enthalten häufig Elemente des Lizenzvertrages,⁸¹ nämlich immer dann, wenn der Partei, der die FuE-Ergebnisse nach Vertrag nicht zustehen, ein Recht auf deren Benutzung eingeräumt wird. Charakteristisch für FuE-Verträge ist, dass das Lizenzobjekt zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht oder höchstens in Form eines Pflichtenheftes bekannt ist. Unbestritten ist, dass Gegenstand einer Lizenz auch sein kann, was sich erst in der Zukunft verwirklicht; dagegen herrscht Uneinigkeit über die Natur einer solchen Vereinbarung.⁸² Umstritten ist, ob eine solche Vereinbarung unmittelbar die Beziehungen zwischen den Parteien bezüglich des lizenzierten Gegenstandes regelt oder ob sie bloss als Verpflichtung zu betrachten ist, später einen Lizenzvertrag abzuschliessen.⁸³ Dieser Kontroverse kommt allerdings wenig praktische Bedeutung zu, da die herrschende Lehre zutreffend annimmt, dass beide Varianten zum gleichen Ergebnis führen.⁸⁴

80 Zur (oft heiklen) Abgrenzung von Haupt- und Nebenleistung vgl. WEISS, S. 39 f.; LARENZ, Schuldrecht I, S.88 f; GUHL / MERZ / KUMMER, S. 41.

81 Zum Lizenzvertrag im allgemeinen vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 329-529/6 (speziell Patentlizenzverträge) und STUMPF, S. 19-128 (speziell Know-How-Lizenzverträge). PEDRAZZINI, S.596 - 646.

82 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 368 f., und dort zitierte Literatur.

83 BLUM / PEDRAZZINI II, S. 369.

84 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S.113.

Die in FuE-Verträgen vereinbarten Lizenzen können entgeltlich oder unentgeltlich erteilt werden,⁸⁵ wobei die Unentgeltlichkeit häufig als "unecht" zu bezeichnen ist, weil der Lizenzgeber wohl direkt keine Gegenleistung erhält, diese aber verdeckt doch bestehen kann, z.B. in der Weise, dass der Lizenznehmer seine anderweitigen Leistungen im Hinblick auf die Freilizenz günstiger erbracht hat, ohne dass dies allerdings objektiv feststellbar ist. Schweigen sich FuE-Geber und -Nehmer über die Höhe der Lizenzgebühren aus, ist nicht etwa a priori Unentgeltlichkeit anzunehmen, sondern deren Höhe (die allerdings auch Null sein kann) aufgrund des gesamten Leistungspaketes, jeder Partei festzusetzen.⁸⁶ Welche Berechnungsmethode angepasst ist, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls entscheiden; gebräuchlich sind Umsatz-⁸⁷ Stück- und Pauschallizenz.⁸⁸

Die Lizenzobjekte teilen sich in solche, die durch Ausschliesslichkeitsrechte geschützt sind, und solche, die rechtlich bloss für die beteiligten Parteien bedeutsam sind. Zu den ersten gehören Patente und Urheberrechte, zu den zweiten alles gewerblich Nutzbare, das im Begriff Know-How zusammengefasst wird und

85 PEDRAZZINI, S. 598.

86 Eine umfangreiche Aufzählung der für den Wert einer Lizenz massgebenden Gesichtspunkte bei STUMPF, S. 78-82.

87 Praktiker legen Wert auf eine Lizenz auf dem leicht kontrollierbaren *Bruttoumsatz*, während bei *Nettoumsatz* Streit über Abzüge entstehen kann.

88 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 397 f., und STUMPF, S. 83-88.

u.a. Fabrikationsgeheimnisse, nicht patentierte Erfindungen, Betriebserfahrungen, Organisationssysteme und Computerprogramme umfasst.⁸⁹ Häufig - so auch bei FuE-Verträgen - sind beide Arten Lizenzgegenstände in derselben Vereinbarung anzutreffen.⁹⁰ Die Rechtsfolgen einer Lizenzierung sind verschieden, je nachdem ob deren Gegenstand geschützte oder ungeschützte Immaterialgüter oder eine Kombination beider sind.⁹¹ Da in dieser Hinsicht bei FuE-Verträgen keine Eigentümlichkeiten zu beachten sind, kann für die Behandlung in diesem Zusammenhang stehender Rechtsfragen auf die Spezialliteratur verwiesen werden.⁹²

Die Benutzungsbefugnis, die dem Lizenznehmer in FuE-Verträgen eingeräumt wird, ist eine umfassende. Dem Lizenznehmer ist es gestattet, die lizenzierten Kenntnisse zur Herstellung beliebiger Erzeugnisse zu benutzen und diese zu verkaufen oder sonstwie in Verkehr zu bringen. Dies folgt einmal daraus, dass die bloße Befugnis zum Gebrauch bei FuE-Ergebnissen von der zur Herstellung nicht unterschieden werden kann, weil Herstellung ja gerade Gebrauch von FuE-Ergebnissen ist;⁹³ dann aber auch daraus, dass die Befugnis zur Herstellung auch die zum Ver-

⁸⁹ Teilweise wird in der Lehre noch unterschieden zwischen Lizenzen über patentierte und erst zum Patent angemeldete Erfindungen. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 367 f. Diese Unterscheidung halten wir für entbehrlich, da für bloss angemeldete Erfindungen gilt, dass "die Regelung des Lizenzvertrages über Fabrikationsgeheimnisse zur Anwendung kommt". a.a.O. S. 368. Vgl. auch SCHNEEBERGER, S. 24 N. 32a; BGE 80 IV 27.

⁹⁰ Vgl. dazu STUMPF, S. 20-26.

⁹¹ BLUM / PEDRAZZINI II, S. 389 f.

⁹² BLUM / PEDRAZZINI II, S. 362-390; STUMPF, S. 36-44.

⁹³ Vgl. dazu die Ausführungen für den analogen Fall des Verfahrens als Lizenzgegenstand von BLUM / PEDRAZZINI II, S. 392.

kauf beinhalten muss, da jene ohne diese (wirtschaftlich) sinnlos ist.⁹⁴

Von der Benutzungsbefugnis in tatsächlicher Hinsicht sind die Verwertungsmöglichkeiten zu unterscheiden, die dem Lizenznehmer aufgrund seiner *Rechtsstellung* zukommen können. Diese können zum einen in der Abtretung der Ansprüche des Lizenznehmers, zum andern in der Vergabe von Unterlizenzen bestehen. Erstere untersteht den Regeln der Art. 164 ff. OR, und sie ist demnach grundsätzlich zulässig, wenn keine anderslautende Vereinbarung oder die Natur des Rechtsverhältnisses dem entgegensteht (Art. 164 I OR). Wann dies bei Lizenzvereinbarungen in FuE-Verträgen zutrifft kann allgemein nicht bestimmt werden.⁹⁵ Immerhin lassen sich gewisse Richtlinien aufzeigen. Die Zulässigkeit der Abtretung ist zunächst daran zu beurteilen, ob die Lizenz entgeltlich oder unentgeltlich eingeräumt wird. Ist sie unentgeltlich, steht der Abtretung nichts im Weg, es sei denn die Lizenz sei dem Lizenznehmer gerade wegen seiner persönlichen Eigenschaften erteilt worden, was - zumindest in FuE-Verträgen - selten der Fall sein dürfte.⁹⁶ Ist die Lizenz dagegen entgeltlich, wird die Abtretung sicher dann nicht zulässig sein, wenn der Lizenzgeber ein Interesse daran hat, dass der Lizenznehmer, nicht ein Dritter, die Lizenz verwertet, z.B. weil jener besser in der Lage ist, hohe Umsätze zu erzielen.⁹⁷ Der praktisch wichtigere Fall ist die Vergabe von Unterlizenzen.

94 BLUM / PEDRAZZINI II, S. 391.

95 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 408. Zur Lizenzabtretung allgemein dies., S. 408 ff. und LUEDECKE / FISCHER, S. 69 ff.

96 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 410.

97 BLUM / PEDRAZZINI II, S. 409.

Geht der Lizenznehmer einen Vertrag mit einem Unterlizenznehmer ein, wird dadurch das Verhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer nicht unmittelbar betroffen. Vorweg ist zu betonen, dass auch die Zulässigkeit der Unterlizenzierung aufgrund des (ausgelegten) Vertrages zu beurteilen ist. Haben sich die Parteien zur Frage der Unterlizenzierung nicht geäußert, gilt Folgendes:

1. Unterlizenzen sind grundsätzlich nur zulässig, wenn der Lizenzgegenstand durch ein Ausschliesslichkeitsrecht geschützt ist, da in den andern Fällen der Wert einer Lizenz massgeblich durch den Umstand beeinflusst wird, dass deren Gegenstand nicht allgemein bekannt ist. Jede Erweiterung des Kreises der Eingeweihten vergrössert die Gefahr dessen Publikwerdens.⁹⁸

2. Für die Zulässigkeit der Unterlizenzierung patentierter oder durch Urheberrecht geschützter FuE-Ergebnisse kommt es darauf an, ob die ursprüngliche Lizenz eine ausschliessliche oder eine einfache ist, deren Merkmale nachstehend erwähnt werden. In der einfachen Lizenz ist nach übereinstimmender Meinung das Recht zur Vergabe von Unterlizenzen nicht enthalten.⁹⁹ Dagegen gibt die ausschliessliche Lizenz in der Regel auch ein Unterlizenzierungsrecht.¹⁰⁰ Immerhin sind Fälle denkbar, etwa wenn der Lizenzgeber die lizenzierte Lehre selber weiterbenutzen darf oder wenn die persönliche Natur der Lizenzvereinbarung im Vordergrund steht, wo dem ausschliesslichen Lizenznehmer mit Rücksicht auf die besondere Art des Lizenzverhältnisses kein Recht auf Vergabe von Unterlizenzen entsteht.

98 Vgl. BGH in GRUR, 1955, S. 338 ff.

99 Vgl. LUEDECKE / FISCHER, S. 430 ff; BLUM / PEDRAZZINI II, S. 413.

100 Vgl. LUEDECKE / FISCHER, S. 431.

Eine letzte Unterscheidung betreffend die Lizenzvereinbarungen in FuE-Verträgen ist dahingehend zu treffen, ob der Lizenzgeber dem Lizenznehmer bloss eine Benutzungsbefugnis erteilt, oder sich auch noch verpflichtet, keinem andern eine inhaltlich gleiche Benutzungsbefugnis einzuräumen.¹⁰¹ Die letztere Verpflichtung ist nur dann anzunehmen, wenn sie unmittelbar aus dem Vertrag hervorgeht; durch die Natur des FuE-Vertrages lässt sie sich jedenfalls nicht begründen. Für die unterschiedlichen Rechtswirkungen der ausschliesslichen und einfachen Lizenz nebst der bezüglich der erwähnten Unterlizenzierung, sei auf die Spezialliteratur verwiesen.¹⁰²

B. Mietrechtliche Elemente in FuE-Verträgen

Eine der Miete ähnliche Vereinbarung ist etwa die Verpflichtung des FuE-Gebers, dem FuE-Nehmer gegen Entgelt z.B. Messinstrumente, Laboreinrichtungen und ähnliches zur Verfügung zu stellen. Schwierig kann die Abgrenzung zur Gebrauchsleihe sein, wenn nicht ausdrücklich ein Mietzins vereinbart worden ist. Um Mietvertrag handelt es sich, wenn ein Mietzins geschuldet ist, dessen Höhe bestimmt oder zumindest bestimmbar ist.¹⁰³ Fehlt eine diesbezügliche Vereinbarung und ist die Höhe des Mietzinses auch nicht aufgrund besonderer Umstände bestimmbar, handelt es sich um eine Gebrauchsleihe.¹⁰⁴ Der Mietzins muss nicht in Geld entrichtet werden;¹⁰⁵ er könnte bei FuE-Verträgen beispielsweise auch in einem kleineren Entgelt für die FuE-Arbeiten oder im Erbringen von FuE-Arbeiten selbst bestehen. Es ist nur unter Betrachtung der gesamten Leistungsrelation zu entscheiden, ob für die zum Gebrauch überlassenen Sachen Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit anzunehmen ist. In der Praxis wird dieses Unterfangen jedoch meist misslingen, weil der Wert der einzelnen Leistungskomponenten nicht so genau

101 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 398 ff.

102 Z.B. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 398-400 und 464 f., und STUMPF, S. 67-74.

103 SCHMID / SCHOENENBERGER, N.2f zu Art.253 OR. REYMOND S. 212, BGer, Urteil vom 7.3.75 JT 1976 I, S. 163.

104 BECKER, N.5 zu Art. 305 OR.

105 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S.350; SCHMID / SCHOENENBERGER, N.40 zu Art.253 OR.

bestimmt werden kann, dass daraus hervorginge, ob der Gebrauchsüberlassung als solcher eine Leistung gegenübersteht. Zur Lösung trägt auch die Feststellung nichts bei, dass - zumindest im Wirtschaftsleben - selten Leistungen umsonst erbracht werden. Zutreffend ist vielmehr, dass Unentgeltlichkeit anzunehmen ist, wenn nicht offensichtlich gegenteilige Anhaltspunkte vorhanden sind. Denn der FuE-Nehmer darf die ihm überlassenen Sachen regelmässig bloss zu Zwecken der Vertragserfüllung gebrauchen, was eindeutig auf die Gebrauchsleihe hinweist (Art. 306 OR).

Einschränkend ist allerdings festzuhalten, dass dies nur im Falle von Zweiparteiengeschäfte zutrifft, wo sich zwei Leistungen im Austausch gegenüberstehen. Bestehen die Leistungen unabhängig voneinander wie bei FuE-Partnerschaften, stellt sich die Frage nach den auf die Gebrauchsüberlassung anzuwendenden Vorschriften nicht, da nach Art. 531 III OR Mietrecht anwendbar ist. Auf die synallagmatischen FuE-Verträge sind dagegen regelmässig die Normen der Gebrauchsleihe anzuwenden.

C. Elemente der Gebrauchsleihe in FuE-Verträgen

Zur Unterscheidung der Gebrauchsleihe von der Miete sei auf das dort Gesagte verwiesen. Spezielle Elemente der Gebrauchsleihe liegen vor, wenn der FuE-Nehmer als direkter Stellvertreter auf Rechnung des FuE-Gebers Anschaffungen macht und diese während der Vertragsdauer nutzt, oder - im Ergebnis gleich - wenn er die Anschaffung in eigenem Namen vornimmt und das Eigentum daran dem FuE-Geber überträgt, vor oder während er diese gebraucht.

D. Kaufrechtliche Elemente in FuE-Verträgen

Elemente des Kaufs enthalten etwa FuE-Verträge, in denen sich der FuE-Geber verpflichtet, Gegenstände, die der FuE-Nehmer zur Durchführung der vereinbarten FuE-Arbeiten anschaffen muss, diesem abzukaufen. Dabei sind zwei Fälle denkbar, nämlich, dass dem

FuE-Geber das Eigentum an solchen Gegenständen gleich nach deren Anschaffung - vor oder während dem Gebrauch - vom FuE-Nehmer übertragen wird, oder aber dass dieses dem FuE-Geber erst nach erfolgtem Gebrauch, z.B. nach Beendigung der FuE-Arbeiten, übertragen wird. Für die Nutzen- und die Gefahrtragung an der Kaufsache und die Pflicht des FuE-Nehmers zu sorgfältiger Behandlung ist der Eigentumsübergang nicht ohne Bedeutung. Im ersten Fall hat der FuE-Nehmer nach erfolgtem Eigentumsübergang die Stellung eines Entleihers und haftet bei zweckwidrigem Gebrauch der Sache unter bestimmten Voraussetzungen auch für Zufall (Art. 306 III OR). Im zweiten trägt dagegen der FuE-Geber Nutzen und Gefahr (Art. 185 OR), wobei der FuE-Nehmer als Verkäufer die Kaufsache wohl sorgfältig zu behandeln hat,¹⁰⁶ nicht aber für deren zufällige Veränderungen oder Untergang haftet.¹⁰⁷ Praktisch wohl noch bedeutsamer ist die unterschiedliche Stellung des FuE-Gebers vor oder nach dem Eigentumsübergang im Falle des Konkurses des FuE-Nehmers. Vor dem Eigentumsübergang wird die Kaufsache zur Konkursmasse geschlagen, ist dieser jedoch erfolgt, bleibt die Kaufsache vom Konkurs unberührt.

Kaufrechtliche Elemente liegen auch dann vor, wenn sich der FuE-Nehmer verpflichtet, zur Durchführung der vereinbarten FuE-Arbeiten benötigte Gegenstände, z.B. Prüfgeräte, vom FuE-Geber zu beziehen, sofern diese zu dessen Fabrikationsprogramm gehören. Rechtlich bieten solche Vereinbarungen kaum Probleme, dagegen kann es möglicherweise schwierig sein, zu entscheiden, ob die vom FuE-Geber angebotenen Geräte den Anforderungen im konkreten Fall, z.B. hinsichtlich der Genauigkeit, genügen.

106 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 323.

107 a.a.O., S. 324.

E. FuE-Vertrag als gesellschaftsähnlicher Vertrag

Das Vorliegen gesellschaftsähnlicher Merkmale vermag FuE-Verträgen verstärkt ein eigentümliches Gepräge zu geben. Gesellschaftsähnliche Verträge schlagen eine Brücke von den synallagmatischen zu den eigentlichen Gesellschaftsverträgen.¹⁰⁸ Anders als in den (vollkommen) zweiseitigen Verträgen sind die Interessen in gesellschaftsähnlichen Verträgen nicht überwiegend gegensätzlich, aber die Verhältnisse liegen doch nicht so, dass man von einer gemeinsamen Zweckförderung reden könnte.¹⁰⁹ Im konkreten Fall kann es allerdings schwierig sein, die für die Annahme eines gesellschaftsähnlichen Vertrages erforderlichen Merkmale festzustellen, da diese selten unmittelbar aus dem Vertrag hervorgehen und sich auch die Parteien oft dieses

¹⁰⁸ Vgl. PEDRAZZINI, S. 602 f.

¹⁰⁹ Die Uebereinstimmung der Interessen muss nicht vollkommen sein. Entscheidend ist das Mass der Interessengleichrichtung. Z.B. verfolgen der Forscher, der für seine Tätigkeit entschädigt wird, und der Kaufmann, der das vereinbarte FuE-Vorhaben finanziert, dessen Ergebnisse beide verwerten können, möglicherweise bloss beschränkt einen gemeinsamen Zweck, obwohl beide am Gelingen des FuE-Vorhabens interessiert sind. In solchen Fällen ist die Berücksichtigung weiterer Umstände, die allenfalls auf ein gesellschaftsähnliches oder gar ein Gesellschaftsverhältnis hinweisen unumgänglich.

Bezüglich eines Lizenzvertrages führte das BGer in BGE 75 II 167 aus: "Gesellschaftsähnlichkeit in diesem Sinne darf beispielsweise angenommen werden, wenn Konstruktionszeichnungen auszutauschen und Verbesserungen gegenseitig mitzuteilen sind; ferner etwa wenn die Erfindung für gemeinsame Rechnung ausgenutzt werden soll und in Verbindung damit der eine Vertragspartner Einsicht in die Bücher des andern verlangen darf." Vgl. auch BGE 94 II 122 ff.

Umstandes nicht bewusst sind und auch nicht sein müssen.¹¹⁰ Meist wird man bloss aufgrund der vereinbarten Pflichten und Rechte der Parteien und der Natur des Geschäftes auf gemeinsame Interessen schliessen können. Da Art und Zahl der zu berücksichtigenden Umstände unbegrenzt sind, können nur (aber immerhin) Hinweise gegeben werden, wann der Vertragszweck für beide Parteien überwiegend übereinstimmt. Am ehesten wird dies anzunehmen sein, wenn beide Parteien an der Verwertung der Ergebnisse beteiligt sind.¹¹¹ In welcher Form dies geschieht, ist an sich belanglos, wichtig ist nur, dass der (potentielle) Wert einer Beteiligung im Vergleich zu dem anderen Rechte aus dem Vertrag (z.B. Honorar) mindestens gleich gross ist.¹¹² Eine bescheidene Erfolgsbeteiligung des FuE-Nehmers, beispielsweise Beteiligung am Lizenzvertrag, vermag in der Regel kein gesellschaftliches Verhältnis, möglicherweise aber ein gesellschaftsähnliches zu begründen.¹¹³ Weitere Indizien, die wenn auch wohl bloss kumulativ das Vorhandensein gesellschaftsrechtlicher Elemente nahelegen, sind etwa das gemeinsame Leiten oder Durchführen von FuE-Projekten, sowie das gemeinsame Tragen der Kosten für Patentanmeldung und die Pflicht ein Patent zu erhalten.

Der gesellschaftsähnliche Vertrag entfaltet seine Wirkungen in verschiedener Hinsicht. Grundsätzlich begründet er in Analogie zum Gesellschaftsvertrag eine erhöhte Treuepflicht

110 Das Wissen oder Nichtwissen der Parteien um die gesellschaftsähnliche Natur ist für deren Vorhandensein belanglos. Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 526.

111 Vgl. dazu BGE 75 II 167.

112 Vgl. GAUTSCHI, Auftrag, N.76 f zu Art. 394 OR.

113 Vgl. den ähnlichen Fall der Erfolgsbeteiligung beim Anwalt, SJZ 62 1966, S. 361 ff.

beider Parteien, die deren (richtiges) Verhalten massgebend beeinflusst.¹¹⁴ Damit verbunden ist das jeder Partei gewährte Recht, den Vertrag aus wichtigem Grund aufzulösen.¹¹⁵ Angepasst - zumindest auf FuE-Verträge - scheint auch die analoge Heranziehung der Bestimmungen über die Beschlussfassung in der einfachen Gesellschaft (Art. 534 OR). Diese Art der Entscheidungsfindung entspricht dem Umstand, dass beide Parteien auch gemeinsame Interessen verfolgen eher, als das Weisungsrecht der einen Partei. Auf diese Weise wird die Möglichkeit für ausgewogenere Entscheide geschaffen, die den Interessen beider Vertragspartner Rechnung tragen.

114 PEDRAZZINI, S. 603.

115 "Ein Rückblick auf die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung lässt zunächst deutlich erkennen, dass die Anlehnung an gesellschaftsrechtliche Gedankengänge vornehmlich den Zweck verfolgte, den Lizenzparteien die Lossagung vom Vertrag zu erleichtern". BLUM / PEDRAZZINI II, S. 343.

III. FUE - VERTRAG ALS DAUERVERTRAG

Dauervertrag ist ein solcher, dessen charakteristische Hauptleistungspflicht nicht mit der Erfüllung untergeht, sondern die "auf sinnvolles Dasein in der Zeit" ¹¹⁶ gerichtet ist. Nicht die Dauer als solche ist massgebend, sondern der Sinn der ihr im Vertrag zukommt.¹¹⁷ Die Dauer in andern als Dauerschuldverhältnissen ist bloss eine Folge des Umstandes, dass die Erfüllung in der Zeit erbracht wird und deshalb notwendig Zeit braucht. Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Dauer nicht eine Folge unumstösslicher realer Gegebenheiten, sondern des Parteiwillens. Die Dauer wird nicht bloss in Kauf genommen, sondern macht neben der Art der Leistung deren Wert aus.

Die Eigentümlichkeit der Dauerverträge findet sich bei FuE-Partnerschaftsverträgen, Fue-Verträgen auf Zeit und allenfalls bei FuE-Beratungsverträgen. Dauernde Leistungspflicht der Parteien im FuE-Partnerschaftsvertrag ist deren für diesen Vertrag typische Mitwirkungspflicht.¹¹⁸ Bei den FuE-Verträgen auf Zeit besteht die charakteristische dauernde Leistungspflicht im Zurverfügungstellen von FuE-Kapazität und im Ausführen von FuE-Arbeiten. FuE-Beratungsverträge sind dann Dauerverträge, wenn die Tätigkeit des Beraters nicht bloss auf das Erreichen eines oder mehrerer bestimmter Ergebnisse gerichtet ist, sondern dieser seine Arbeit so lange zu erledigen hat, als die Verpflichtung dazu andauert, ohne dass diese durch Erfüllung erlischt.¹¹⁹

116 GAUCH, Dauerverträge, S. 7; vgl. auch SCHNEEBERGER, S. 48, Komplexität im Zeitfaktor.

117 Zur Abgrenzung der Dauerverträge von andern Verträgen vgl. GAUCH, a.a.O., S. 4 - 8.

118 Vgl. GAUCH, a.a.O., S. 15 f.

119 Vgl. den ähnlichen Fall des Agenturvertrages, GAUCH, a.a.O., S. 13.

Die Qualifizierung eines Vertrages als Dauervertrag ist in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. So gelten für den Fall eines teilweise erfüllten, aber nicht rechtsgültigen Dauervertrages¹²⁰ besondere Regeln, indem dieser als faktisches Vertragsverhältnis betrachtet wird.¹²¹ Das hat zur Konsequenz, dass die Parteien so gestellt werden, wie wenn der Vertrag wirksam gewesen wäre.¹²² Die Fiktion, es habe ein wirksamer Vertrag bestanden, führt in der Regel zu einem befriedigenden Ergebnis. Immerhin sind, z.B. Dissens, Fälle denkbar, wo es schwerfällt zu entscheiden, wie der fiktive Vertrag beschaffen sein soll, da der vorliegende (ungültige) Vertrag z.B. bloss dem Willen einer der beiden Parteien entspricht.

Ueberdies gelten für Dauerverträge besondere Beendigungsgründe und sie sind regelmässig von allen Beteiligten aus "wichtigem Grund"¹²³ kündbar. Für die FuE-Partnerschaft ist dies gesetzlich vorgesehen (Art. 545 II OR), in andern Fällen führt möglicherweise die Gesetzesergänzung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zur selben Lösung.¹²⁴

120 Von solchen Verträgen wird auch als "unwirksamen" gesprochen, was eigentlich unzutreffend ist, weil sie tatsächlich rechtliche Wirkungen entfalten.

121 Vgl. SCHOENENBERGER/JAEGGI, N. 565 zu Art. 1 OR; zur faktischen Gesellschaft MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 37.

122 BGE 63 II 371 f.

123 Zum Begriff "wichtiger Grund" GAUCH, Dauerverträge, S. 174-177. Allgemein lässt sich feststellen, dass die Bestimmung des "wichtigen Grundes" einer wertenden Entscheidung bedarf, die im konkreten Fall stets von neuem zu treffen ist.

124 Vgl. GAUCH, a.a.O., S. 193 ff.

§ 6 BESONDERHEITEN DER ANWENDUNG ALLGEMEINER BESTIMMUNGEN DES OR AUF FUE-VERTRÄGE

FuE-Verträge werfen eine Reihe von Fragen allgemein schuldrechtlicher Natur auf. Dies ist zum einen eine Folge des Umstandes, dass FuE geeignet ist, an den Grundfesten des bestehenden Erkenntnisgebäudes zu rütteln, zum andern eine Folge der grundsätzlich immateriellen Natur der FuE-Ergebnisse, verbunden mit deren bloss lückenhaften Schutzmöglichkeiten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.

Zum ersten Fragenkreis gehört die Bestimmung des Begriffs der Unmöglichkeit und der sich daraus ergebenden Konsequenzen für FuE-Verträge.

Zum zweiten Fragenkreis zählen die Folgen, die sich aus dem Umstand ergeben, dass Immaterialgüter nur beschränkt schutzfähig sind, wobei an dieser Stelle nur die Auswirkungen auf das vorvertragliche Verhältnis der Parteien untersucht wird, während vom Immaterialgüterschutz, soweit dieser im Bereich der FuE besonders interessiert, hinten S. 215 ff. die Rede ist.

Vorweg sind jedoch einige Bemerkungen zur Form der FuE-Verträge angebracht.

I. FORM DER FUE - VERTRÄGE

Mit Ausnahme der FuE-Verträge, die als Schenkungsversprechen (Art. 243 OR) zu qualifizieren sind, bedürfen FuE-Verträge zur Gültigkeit keiner besondern Form (Art. 11 OR). In aller Regel werden jedoch die Verträge wegen der Vielzahl der zu treffenden Regelungen schriftlich ausgefertigt.¹ Unabhängig von der

1 Zur Bedeutung der Form - Gültigkeitserfordernis oder bloss Beweissicherung - vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 121.

Bedeutung des vertragsverkörpernden Schriftstücks gilt, dass für Vertragsänderungen oder- ergänzungen Schriftlichkeit nicht verlangt ist (ausgenommen die FuE-Projektunterstützungsverträge, die als Schenkungsversprechen zu qualifizieren sind).²

Diese Bestimmung ist für FuE-Verträge von weitreichender Bedeutung. Denn aufgrund der der FuE innewohnenden Unsicherheit sind Änderungen bezüglich des angestrebten Zieles häufig, weil z.B. Umweltveränderungen eine Anpassung als sinnvoll erscheinen lassen, oder weil im Laufe der FuE-Arbeiten Schwierigkeiten auftauchen, die ein Abgehen von den ursprünglichen Zielen nahelegen.³ Doch auch der umgekehrte Fall ist nicht selten, nämlich dass Änderungen auf im Laufe der Durchführung sich abzeichnende Verbesserungsmöglichkeiten oder neue Wege zurückzuführen sind. Darüberhinaus- und nicht zuletzt deshalb- besteht regelmässig ein intensiver Kontakt zwischen FuE-Geber und FuE-Nehmer, bzw. zwischen dem von ihnen beschäftigten, technischen Personal, deren Zweck im allgemeinen in der Orientierung über den Stand der Arbeiten und im technischen Informationsaustausch besteht. Nicht selten treffen dabei die Parteien mündliche Vereinbarungen, die für Naturwissenschaftler scheinbar bloss Technisches betreffen, die aber auch rechtlich von Bedeutung sein können, wie z.B. Änderungen und Ergänzungen an den Spezifikationen des Vertragsgegenstandes, oder gar die Natur des Rechtsverhältnisses beeinflussen,⁴ ohne dass sich die Vertragspartner dessen bewusst sind. Ueberraschungen stellen sich vor allem dann ein, wenn sich die

2 Art. 12 OR bleibt auf den Fall gesetzlich vorgeschriebener Form beschränkt.
GUHL / MERZ / KUMMER, S. 120.

3 Vgl. GRESSER, S. 106 ff.

4 Massgebend für die rechtliche Qualifikation sind die tatsächlichen Verhältnisse, nicht der ursprüngliche Vertrag.

Parteien von Dritten (z.B. Angestellten) vertreten lassen.⁵ Empfehlenswert ist deshalb, eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, dass für beide Parteien nur verbindlich sein soll, was schriftlich vereinbart worden ist.⁶

II. UNMOEGlichkeit UND DEREN FOLGEN

A. Unmögliche FuE-Leistungen

Die Frage nach dem Möglichen und damit - negativ - verbunden nach dem Unmöglichen stellt sich bei vielen FuE-Vorhaben, ja das Finden einer diesbezüglichen Antwort kann gerade dessen Inhalt sein. Im folgenden wird deshalb dargelegt, was unter dem Begriff "Unmöglichkeit" zu verstehen ist. Die hier betrachtete Unmöglichkeit ist in dem Sinn eine objektive, als dass vom Leistungsvermögen des jeweiligen konkreten Schuldners abstrahiert wird. Von subjektiver Unmöglichkeit wird dagegen gesprochen, wenn ein bestimmter Schuldner etwas nicht kann, was andere könnten.⁷ Vorweg ist zu betonen, dass "Unmöglichkeit" ein Rechtsbegriff ist (Art. 20 und 119 OR), dessen Inhalt im Hinblick auf dessen rechtliche Wirkungen zu werten⁸ und nicht nach formallogischen Kriterien zu bestimmen ist.⁹ Tatsächlich ist denn auch der rechtliche vom logischen Unmöglichkeitsbegriff zu trennen,¹⁰ der ohnehin eine Leerformel ist, da logisch das Unmögliche wohl nur als das

5 Die Wirkungen der Vertretung richten sich nach allgemeinem oder speziell kaufmännischem Stellvertretungsrecht. Vgl. für viele GUHL / MERZ / KUMMER, S. 147 ff. und zur kaufmännischen Vertretung im besondern MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 158 ff.

6 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 139, AGB-Modell.

7 Die subj. Unmöglichkeit, die besser als Unvermögen bezeichnet wird, gelangt hier nicht zur Darstellung. Vgl. dazu u.a. GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 1546 ff, und SCHOENLE, Semjud 1977, S. 469 f.

8 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 302-307; BECKER, N. 1 ff. zu Art. 20 OR, S. 105 f.

9 Die Unmöglichkeit als Rechtsbegriff ist zu trennen von der bisweilen in der Literatur erwähnten rechtlichen Unmöglichkeit, die der faktischen Unmöglichkeit gegenübergestellt wird. Rechtlich unmöglich ist danach, was aus Rechtsgründen nicht machbar ist, während faktisch unmöglich ist, was aus ausserrechtlichen Gründen nicht sein oder geschehen kann. Ob die Annahme einer rechtlichen Unmöglichkeit sinnvoll ist, kann hier dahingestellt bleiben, da sich daraus keine Besonderheiten für FuE-Verträge ergeben. Zustimmend u.a. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 64; ablehnend VON BUEREN I, S. 390.

10 A.M. GAUCH, Dauerverträge, S. 119.

aufgefasst werden kann, was nicht möglich ist, also nicht sein könnte, oder was sich mit dem Seienden nicht verträgt. Dieser zweite Begriffsinhalt, der impliziert, dass nicht sein kann, was nicht ist, scheidet zum vornherein aus, da die Rechtswirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit (Art. 119 OR) unterstellen, dass der nicht eingetretene "richtige" Fall hätte eintreten können. Der erste Begriffsinhalt ist dagegen zu umfassend, wäre danach doch auch möglich, was gegen die fundamentalsten Naturgesetze verstösst, was nach allgemeiner Erfahrung jedoch ausgeschlossen ist.¹¹ Folglich ist rechtlich zumindest das nicht möglich, was den (fundamentalen) Naturgesetzen widerspricht, obwohl logisch nicht widersprüchlich. Dies ist als *absolut* unmöglich zu bezeichnen.

Offensichtlich ist jedoch nicht alles möglich, was nur nicht gegen die Naturgesetze verstösst. Der (absolute) Unmöglichkeitsbegriff ist nach der Zeit zu relativieren. Unmöglich ist auch alles, was zu einer gewissen Zeit nicht sein kann und umfasst das, was nie und das, was noch nicht sein kann.¹²

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass die Unmöglichkeit einer vertraglichen Leistung nur für einen gewissen Zeitraum beurteilt werden kann, und zwar ist massgebend derjenige, innerhalb dessen die Leistung noch erbracht werden kann.¹³ Was später möglich sein wird, ist ohne Belang. Wenn nun aber unmöglich ist, was zu einer gewissen Zeit nicht verwirklicht werden kann, lässt

11 VON BUEREN I, S. 386.

12 Die synthetische Herstellung eines Hundes beispielsweise ist weder logisch unmöglich noch den Naturgesetzen widersprechend, aber zumindest heute niemandem möglich.

13 Vgl. BGE 36 II 199.

sich der Raum innerhalb der naturgesetzlichen Schranken noch weiter eingrenzen. Dass nicht alles, was mit den Naturgesetzen im Einklang steht, im betrachteten Zeitraum möglich ist, gründet im *menschlichen Unvermögen*,¹⁴ alle durch die Naturgesetze gegebenen Möglichkeiten auszuschöpfen. Dessen Gegenstück sind die menschlichen Fähigkeiten, die - FuE betreffend - im Stand des Wissens allgemein und in der Technik im besonderen verkörpert sind.

Unmöglich ist demnach alles, was zu einer gewissen Zeit aufgrund des Standes des Wissens und Technik nicht erreicht werden kann. Diese Unmöglichkeit ist im Gegensatz zur absoluten eine relative. Der so gewonnene Unmöglichkeitsbegriff ist ein dynamischer, den tatsächlichen Gegebenheiten angepasster. Die Bestimmung des noch möglich erscheinenden Fortschritts innerhalb des zur Erfüllung zur Verfügung stehenden Zeitraumes ist allerdings kein leichtes Unterfangen. Zu dessen Vornahme wird der Jurist regelmässig auf die Hilfe von Naturwissenschaftlern angewiesen sein. Der Entscheid über die Unmöglichkeit ist eine Sachfrage, und es ist zu betonen, dass dieser vollkommen losgelöst von der Leistungsrelation und vom Leistungsvermögen und den Interessen der Parteien zu treffen ist.

In der Lehre wird die Frage aufgeworfen, ob neben physisch-technischen Kriterien nicht auch solche wirtschaftlicher Art zu berücksichtigen seien.¹⁵ Zur Beantwortung ist die wertende Betrachtung der gesetzlichen Unmöglichkeitsbestimmungen (Art. 20 und 119 OR) grundlegend.¹⁶ Der Sinn dieser Bestimmungen liegt

14 Das menschliche Unvermögen (das was alle nicht können) ist zu unterscheiden vom Unvermögen des Einzelnen.

15 Die Berücksichtigung wirtschaftlicher Kriterien bejahen LARENZ, Schuldrecht I, S. 261 N. 4; ablehnend VON BUEREN I, S. 386.

16 Vgl. BECKER, N. 3 zu Art. 20 OR.

darin, dass der Gesetzgeber den Schuldner nicht für eine Schuld haften lassen will, die nicht, noch nicht oder nicht mehr erbracht werden kann,¹⁷ im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit allerdings nur, sofern der Schuldner diese nicht zu verantworten hat. (Art. 119 OR). Eine weitergehende Einschränkung der Vertragsfreiheit ist damit nicht beabsichtigt. So soll das Versprechen einer Leistung, deren Erfüllung einen Aufwand erheischt, der in keinem Verhältnis zu ihrem Wert steht, nicht a priori ungültig sein und schon gar nicht soll die Gültigkeit unausgewogener Verträge verhindert werden. Auch zu einer "unerschwinglichen" Leistung soll man sich verpflichten können.¹⁸ Diesem Umstand ist bei FuE-Verträgen Rechnung zu tragen. Unmöglich ist ein durch FuE zu erreichen versuchtes Ziel nicht schon dann, wenn es der FuE-Nehmer - trotz den Wert der Gegenleistung übersteigender Aufwendungen - nicht erreicht hat. Vielmehr ist darauf abzustellen, was bei maximalem Mitteleinsatz als möglich erschiene, da der Erfolg der FuE-Bemühungen, wie vorn S. 16 erwähnt, in erheblichem Mass von den eingesetzten Mitteln abhängig ist.¹⁹

Wenn auch nicht im Sinne der Unerschwinglichkeit, so können wirtschaftliche Gegebenheiten doch aus andern Gründen die Unmöglichkeit einer Leistung bewirken. Dies ist dann der Fall, wenn die Entwicklung eines Gegenstandes nicht wegen seiner technischen, sondern wegen seiner wirtschaftlichen Spezifikationen unmöglich ist. Unmöglich wäre z.B. die Verpflichtung des FuE-Nehmers, ein Auto zu entwickeln, das 100 km/h fährt, aber

17 Impossibilium nulla obligatio est (D. 50.17.185).

18 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 64 und 276. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass z.B. im Falle des Arbeitsvertrages der Unmöglichkeitsbegriff offensichtlich durch die Unzumutbarkeit aufgeweicht ist (Art. 324 a I OR). Vgl. VON BUEREN I, S. 387. Denn unzweifelhaft befreit auch eine solche Krankheit von der Leistungspflicht, die nicht das Erbringen der Leistung verhindert, sondern die z.B. im Falle des Nichtarbeitens besser heilt.

19 Zu den Verfahren zur Abschätzung der Realisierbarkeit eines FuE-Vorhabens vgl. GRESSER, S. 105 f.

für weniger als 100 Fr. herzustellen ist. Die bloss technischen Anforderungen können ebenso unzweifelhaft erfüllt werden, wie die wirtschaftlichen nicht. Da diese jedoch genauso zum vereinbarten Leistungsinhalt gehören, können auch diese die Unmöglichkeit bewirken.

Bisher wurde nur von der Unmöglichkeit hinsichtlich des Erreichens bestimmter Ziele gesprochen, doch werden diese gerade wegen der Unsicherheit bezüglich des Erreichbaren selten vereinbart. Entweder einigen sich die Parteien auf flexible Ziele, die durch Mindest- und Höchstforderungen begrenzt sind, wobei eine Verpflichtung nur hinsichtlich der - meist zweifellos erfüllbaren - Mindestanforderungen besteht, und das Erreichen besserer Werte bloss einen Anspruch auf eine höhere Vergütung begründet. Oder - wohl am häufigsten - verpflichtet sich der FuE-Nehmer lediglich, FuE-Leistungen, nicht auch einen Arbeitserfolg zu erbringen. Ein solcher Leistungsinhalt ist nur dann unmöglich, wenn gar keine FuE-Tätigkeit entfaltet werden kann.

Dies kann bei (scheinbar) zielgerichteten FuE-Arbeiten der Fall sein. Denn diese setzen das Bestehen eines Zieles voraus und sind deshalb nur möglich, wenn dieses sein kann, also nicht absolut unmöglich ist. Zielgerichtetes Arbeiten ohne Ziel ist offensichtlich eine *contradictio in se* und daher unmöglich.

Solche Fälle werden allerdings selten eintreten, weil sie nur dann vorliegen, wenn die Ziele entweder logisch widersprüchlich sind oder gegen fundamentale Naturgesetze verstossen, wie z.B. die Entwicklung eines Systems, das mehr Energie abgibt, als es enthält. In allen andern Fällen ist das Ziel als möglich zu betrachten, ähnlich wie dies beim Bemühen des Arztes unter-

stellt wird, einen Schwerkranken zu heilen. Hier wie dort fehlen meist präzise Kriterien, nach denen entschieden werden könnte, ob eine Tätigkeit überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Diese ist jedoch nach dem Gesagten erforderlich für eine Tätigkeit mit der ein bestimmter Erfolg angestrebt wird.

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden:

1. Alle FuE-Verträge, die ein *absolut* unmögliches Ziel beinhalten, sind nichtig. (Art. 20 OR)
2. Beinhaltet der FuE-Vertrag das Versprechen eines Erfolges, der *absolut* oder *relativ* unmöglich erreicht werden kann, ist er ebenfalls nichtig.²⁰
3. Beinhaltet der FuE-Vertrag dagegen die Verpflichtung zum Erbringen von FuE-Leistungen, ist er gültig, auch wenn das angestrebte Ziel *relativ* unmöglich ist.

B. Unmöglicher FuE-Vertragsteil

Nach Art. 20 Abs. 2 OR sind bloss die Teile des Vertrages nichtig, welche mit einem Mangel - hier der ausschliesslich betrachteten Unmöglichkeit²¹ - behaftet sind (obj. Voraussetzung), wenn der Vertrag auch ohne diese abgeschlossen worden wäre (subj. Voraussetzung). Teil setzt Teilbarkeit des Ganzen voraus.²²

20 Denkbar - aber wohl äusserst selten - ist der Fall, wo eine FuE-Tätigkeit nach Vertragsabschluss unmöglich wird (Art. 119 OR). So z.B. wenn ein FuE-Vorhaben die Untersuchung von Organfunktionen einer Tierart beinhaltet, die nach Vertragsabschluss ausstirbt.

21 Die Teil- oder Ganznichtigkeit aufgrund widerrechtlicher oder unsittlicher Vereinbarungen (Art. 20 I OR) wirft keine für FuE-Verträge besonderen Fragen auf, weshalb bezüglich dieser auf die allgemeine schuldrechtliche Literatur verwiesen wird. Vgl. z.B. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 64 ff., insbesondere, S. 67; BECKER, N.5 ff zu Art. 20 OR, S.107 ff, OSER / SCHOENENBERGER, N.15 ff. S.135 ff.

22 Zur Teilbarkeit, LARENZ, Bürgerliches Recht, S.404; ERMAN / WESTERMANN, S.227, N.12.

Teil eines Vertrages kann demnach sicher sein, was als Einheit aus dem Vertragsganzen herausgebrochen werden kann,²³ z.B. eine von verschiedenen FuE-Leistungen, denen je ein bestimmter Geldbetrag als Vergütung gegenübersteht, die aber alle Gegenstand desselben Vertrages sind.²⁴ Teil eines Vertrages kann aber auch bloss eine von mehreren Leistungen sein, was e contrario aus Art. 70 Abs. 1 OR hervorgeht.²⁵

Eine FuE-Leistung ist sicher dann teilbar, wenn diese im Erreichen einzelner Ziele besteht, die gegenständlich zu unterscheiden sind,²⁶ z.B. wenn die vereinbarte Leistung in der Entwicklung eines Filmapparates besteht, dessen Baugruppen einzeln spezifiziert sind, so etwa der Belichtungsmesser hinsichtlich der Empfindlichkeit und der Motor hinsichtlich der Stromaufnahme. Doch auch eine gegenständlich einheitliche FuE-Leistung ist noch als teilbar zu betrachten,²⁷ wenn nicht zwischen deren Spezifikationen eine Interdependenz besteht, was z.B. der Fall ist, wenn für eine zu entwickelnde hochhitzebeständige Legierung für die Aussenhaut eines Ueberschallflugzeuges Mindestanforderungen an das Verhältnis Festigkeit zu spezifischem Gewicht festgelegt werden, nicht aber wenn der zu entwickelnde Belichtungsmesser nicht nur hinsichtlich seiner fotoelektrischen Eigenschaften, sondern etwa auch nach dem höchstzulässigen Gewicht bestimmt ist. Die weitere Teilung einer gegenständlich einheitlichen FuE-Leistung ist deshalb gerechtfertigt, weil damit vermieden wird, dass - selbst gegen den Willen der Parteien -²⁸ der Vertrag wegen eines vielleicht unbedeutenden Mangels unwirksam wird.

23 Vgl. BGE 43 II 662.

24 Münch Komm / MAYER-MALY, N.6 ff zu § 139 BGB.

25 Vgl. dazu aus der deutschen Lit. SOERGEL / SIEBERT, N.21 ff. zu § 139 BGB und Münch Komm / MAYER-MALY, N.17 f. zu § 139 BGB.

26 Vgl. Münch Komm / MAYER-MALY, N.19 zu § 139 BGB.

27 BECKER, N.16 zu Art. 20 OR.

28 Sind nicht bloss Teile eines Vertrages unmöglich, ist der ganze Vertrag nichtig, unabhängig davon ob dies dem Willen der Kontrahenten entspricht; er kann auch nicht durch Neuierung gerettet werden. Vgl. ENGEL, S.519 f.

Stehen dagegen die Spezifikationen einer gegenständlich einheitlichen FuE-Leistung in gegenseitiger Abhängigkeit, können keine einzelnen Teile herausgelöst werden, weil nicht bestimmbar ist, was die Unmöglichkeit verursacht, weil gerade die gewählte Kombination von Leistungselementen, nicht einzelne davon, unmöglich ist. So kann beispielsweise durchaus möglich sein, Legierungen mit hoher Festigkeit und andere mit geringem spezifischen Gewicht zu finden; es ist bloss unmöglich, eine Legierung mit dem verlangten günstigen Verhältnis beider Bestimmungsfaktoren zu finden; und es lässt sich auch nicht sagen, ob die Festigkeit zu gering oder das spezifische Gewicht zu hoch ist. Entsprechend ist in diesen Fällen die ganze betreffende Leistung unmöglich und somit auch der Vertrag, falls nicht diese unmögliche Leistung ihrerseits blosser Teilnichtigkeit rechtfertigt.

Nach dem Gesagten ist die Ganznichtigkeit wegen unmöglichen Inhalts auf die FuE-Verträge beschränkt, die bloss *eine* einheitliche FuE-Leistung beinhalten, deren Unmöglichkeit durch voneinander abhängige Leistungselemente bedingt ist. Dadurch wird zumeist verhindert, dass die FuE-Verträge wegen Unmöglichkeit von der radikalen Folge der absoluten Unwirksamkeit betroffen werden,²⁹ und somit der Weg zu einer differenzierteren Lösung geebnet, die der Unsicherheit in FuE- und den Parteiinteressen Rechnung trägt.

Einschränkend ist allerdings hervorzuheben, dass Teilnichtigkeit nur anzunehmen ist, wenn der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre (Art. 20 II OR). Zu unterscheiden ist, ob der Vertrag überhaupt nicht, das heisst nicht mit dem aufs Mögliche reduzierten Vertragsgegenstand, oder nicht in der Weise, das heisst nicht mit der vereinbarten Gegenleistung, zustande gekommen wäre.³⁰ Im ersten Fall ist ohne weiteres Ganznichtigkeit gegeben, im zweiten dagegen Teilnichtigkeit. Welches zutrifft, ist lediglich aus der Sicht des FuE-Gebers zu

²⁹ Vgl. BECKER, N.15 zu Art. 20 OR.

³⁰ SOERGEL / SIEBERT, N.19 f. zu § 139 BGB.

beurteilen, da dieser durch den Wegfall eines Teils der Leistungspflicht benachteiligt ist.³¹ Massgebend ist dessen im Vertrag zum Ausdruck gebrachter Wille. Fehlt es an diesem, ist auf dessen hypothetischen Willen³² abzustellen, der nach der "Natur des Geschäftes"³³ zu ermitteln ist. Zu berücksichtigen ist, dass der FuE-Geber sich regelmässig der besonderen Unsicherheiten in FuE bewusst zu sein und deshalb damit zu rechnen hat, dass nicht alle vereinbarten Ziele erreicht werden können.³⁴ Ferner können für den FuE-Geber auch Teilergebnisse,³⁵ sowie allein das Wissen um die Unmöglichkeit³⁶ von erheblichem Nutzen sein.³⁷ Wenn deshalb in der Regel anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre, heisst das noch nicht, dass der FuE-Geber auf die ursprüngliche Leistungsrelation verzichtet, die durch die aufs Mögliche reduzierte Leistung des FuE-Nehmers gestört wird. Tatsächlich wäre es unbillig, wenn der FuE-Geber seine Leistung ungeschmälert zu erbringen hätte, während der FuE-Nehmer eines Teils seiner Verpflichtungen entbunden wäre.³⁸ Zur Wiederherstellung der ursprünglichen Leistungsrelation sind die Regeln der werkvertraglichen Mängelhaftung (Art.367 ff.OR)

31 Vgl. BGE 81 II 622, 80 II 336, SOERGEL / HEFERMEHL, N.44 zu § 139 BGB.

32 "Ob anzunehmen ist, dass die Parteien bei Teilnichtigkeit eines Vertrages den Restvertrag aufrechterhalten, ist keine Frage des psychologischen Wollens, sondern eine hypothetische Wertung, die in erster Linie vom Vertragsinhalt auszugehen hat." SOERGEL / SIEBERT, N.37 zu § 139 BGB.

33 BGE 93 II 188.

34 Vgl. PFISTER, BB 1966, S.15; HOSTETTLER, S.109, erklärt rundweg: "Abstriche an den ursprünglich vorgesehenen Neuerungszielen sind üblich."

35 "Ein teilweises wissenschaftliches oder technisches Nichtgelingen ist nicht gleichbedeutend mit ökonomischen Einbussen für das forschende Unternehmen." HOSTETTLER, S. 109.

36 PFISTER, BB 1966, S. 16 f., folgert daraus für den Fall der Konstruktionsaufträge, dass die Feststellung der Unmöglichkeit generell subsidiärer Vertragsinhalt sei. Dies ist abzulehnen, denn wer eine neu zu konstruierende Maschine bestellt, ist wohl nicht zum vornherein bereit, eine erhebliche Vergütung zu bezahlen, bloss um zu erfahren, dass die bestellte Maschine unmöglich herzustellen sei.

37 Vgl. dazu auch Münch Komm /MAYER-MALY, N.25 zu § 139 BGB.

38 Vgl. BGE 96 II 107.

analog heranzuziehen.³⁹ Zu beachten ist, dass das Nachbesserungsrecht - da die Nachbesserung unmöglich ist - zum vornherein wegfällt und andererseits das Wandelungsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn die Mängel, die die Annahme der FuE-Leistung unzumutbar erscheinen lassen, nicht nur die Folge der Unmöglichkeit sind. Denn sind die durch diese bedingten Mängel derart erheblich, dass allein gestützt darauf der Vertrag gewandelt werden könnte, ist die subjektive Voraussetzung der Teilnichtigkeit nicht mehr gegeben, der Vertrag entsprechend ganz nichtig. Teilnichtigkeit schliesst Wandelung aufgrund von Mängeln aus, die bloss aufgrund der Unmöglichkeit bestehen. Doch ist durchaus möglich, dass die Leistung des FuE-Nehmers zusätzlich noch mit andern Mängeln behaftet ist, die ihren Grund nicht in der Unmöglichkeit haben. Alle Mängel zusammengekommen können dann die Wandelung rechtfertigen.

C. Nichtigkeitsfolgen

Die Nichtigkeit als gemeinsame Rechtsfolge⁴⁰ der ungültigen Verträge verhindert, dass diese wie die gültigen Verträge Verpflichtungen zwischen den Parteien begründen. Insofern ist es gerechtfertigt, von der "Unwirksamkeit" solcher Verträge zu reden.⁴¹ Was in vermeintlicher Erfüllung eines nichtigen Vertrages geleistet worden ist, entbehrt des gültigen Grundes (causa) und kann aufgrund der kausalen Natur des Eigentumsüberganges unter bestimmten Voraussetzungen vindiziert⁴² oder dann nach den Regeln

39 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 900. Zu den Mängelrechten im allgemeinen derselbe, N. 327-979; BECKER, N. 18 zu Art. 20 OR.

40 Vgl. BGE 102 II 404.

41 Da Verträge begriffsnotwendig Wirkungen erzeugen (GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 149) kann logischem Gesetz (tertium non datur) zufolge keine Vertragsart (also auch nicht die der nichtigen) unwirksam sein. Tatsächlich bewirken auch nichtige Verträge eine Rechtsfolge, nämlich die der Nichtigkeit, die nach rechtlichem, nicht nach logischem Gesetz den betroffenen Verträgen den Rechtsschutz versagt.

42 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 207; HOMBERGER, N. 24 zu Art. 927 ZGB.

über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) wertmässig zurückverlangt werden.⁴³

Die Nichtigkeitsfolge, die Unwirksamkeit des Vertrags, wird nach Gesetz (vgl. Art. 320 III OR) und von Lehre und Rechtsprechung⁴⁴ zuweilen als nicht passend empfunden, namentlich wenn aufgrund eines Dauervertrages während längerer Zeit Leistungen erbracht worden sind. In diesen Fällen wird der unwirksame Vertrag wie ein wirksamer behandelt, dessen Rechtsgrund allerdings nicht ein Vertragsschluss, sondern eine besondere faktische Lage ist, der die Rechtsordnung vertragliche Wirkung zubilligt.⁴⁵ Nach ihrem Entstehungsgrund werden solche Schuldverhältnisse faktische Vertragsverhältnisse genannt.⁴⁶ Die Gründe, die dazu führen, an eine rein faktische Lage Vertragswirkungen zu knüpfen, sind mannigfaltig.⁴⁷ Ganz allgemein kann jedoch festgestellt werden, dass Verhältnisse vorkommen, "die zwar nicht unter den Titel des Vertrages zu bringen sind, aber die man nicht angemessener behandelt als nach den vertraglichen Grundsätzen."⁴⁸

43 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 202 ff, BECKER, N. 8 ff zu Art. 62 OR; OSER / SCHOENENBERGER, N. 13 ff. zu Art. 62 OR.

44 Vgl. SCHOENENBERGER / JAEGGI, N. 555 ff. zu Art. 1 OR; GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 902 f; für Gesellschaftsverträge MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 37 f; speziell für den Mietvertrag BGE 63 II 371 ff.

45 Teilweise wird in der deutschen Lit. die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis aus dogmatischen Gründen abgelehnt. Im Ergebnis - Auflösung ex nunc anstelle der Rückabwicklung - zeigen sich keine Unterschiede, da im Falle der Dauerschuldverhältnisse eine spezielle Nichtigkeitsfolge - Auflösung ex nunc - angenommen wird. Vgl. Münch Komm, N. 66 zu Vor § 241 BGB und dort zit. Lit.

46 Weniger gebräuchlich, aber zutreffender ist die Bezeichnung "Faktische Verhältnisse mit Vertragswirkung", VON BUEREN I, S. 211.

47 Vgl. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 37 f, VON BUEREN I, S. 211 f, SCHOENENBERGER / JAEGGI, N. 555 ff. zu Art. 1.

48 VON BUEREN I, S. 211.

Soweit es sich bei FuE-Verträgen um Dauerverträge handelt (vorn S.128), sind sie im Falle der Nichtigkeit und wenn mit dem Erbringen der FuE-Leistung begonnen worden ist, als faktische Vertragsverhältnisse zu betrachten.⁴⁹ Da bezüglich der faktischen Vertragsverhältnisse ebensowenig ein *numerus clausus* besteht wie hinsichtlich der Verträge, ist zu prüfen, ob nicht auch noch in weiteren Fällen nichtige FuE-Verträge als faktische Vertragsverhältnisse zu betrachten sind. Dies ist dann anzunehmen, wenn das Abstützen auf ein faktisches Vertragsverhältnis zu einer angemesseneren Lösung führt als das Dahinfallen des Vertrags mit anschließender Rückleistung nach den Regeln der Vindikation oder Kondiktion.

Die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses im Falle nichtiger Dauerverträge wird mit dem Hinweis begründet, die Rückabwicklung erweise sich als unpraktisch und vom Ergebnis her unbefriedigend, wenn ein unwirksamer Dauervertrag über längere Zeit hin erfüllt wurde.⁵⁰ Richtig betrachtet, zeigt sich, dass nicht die besondere Eigenschaft des Dauervertrages (sinnvolles Dasein in der Zeit)⁵¹ wesentlich ist, sondern der Umstand, dass dessen Erfüllung notwendig eine gewisse (meist längere) Zeit dauert.⁵² Dies trifft jedoch nicht nur für Dauerverträge zu, sondern z.B. vielfach auch für Aufträge oder Werkverträge. Zu Recht wird denn auch die Ansicht vertreten, dass das Dahinfallen und die Rückabwicklung im Falle des Werkvertrags zumindest dann nicht mehr befriedigt, wenn das an sich unmögliche Werk soweit möglich erstellt worden ist.⁵³

49 Vgl. GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 903.

50 a.a.O.; Nr. 903; SOERGEL / SIEBERT, N. 113 zu Vor § 145 BGB. Münch Komm, N. 67 zu Vor § 241 BGB.

51 Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 4 ff.

52 Vgl. SCHOENENBERGER / JAEGGI, N. 563 zu Art. 1 OR.

53 GAUCH, Werkvertrag, N. 900.

Die Entscheidung Rückabwicklung oder faktisches Vertragsverhältnis hängt deshalb allein davon ab, ob der unwirksame Vertrag während längerer Zeit erfüllt worden ist. Nichtigte FuE-Verträge, aufgrund deren die Parteien über einen grösseren Zeitraum ihre Leistungen erbracht haben, sind entsprechend als faktische und damit wirksame Verträge zu behandeln. Wie gross dieser Zeitraum sein muss, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Er ist jedenfalls dann ausreichend, wenn der FuE-Nehmer seinen Verpflichtungen im Rahmen des Möglichen nachgekommen ist. Da die Feststellung der Unmöglichkeit des Versprochenen gerade das noch mögliche Ergebnis der Tätigkeit des FuE-Nehmers ist, hat dieser seine Leistung soweit möglich erbracht, wenn er die Unmöglichkeit des Vereinbarten nachweist.⁵⁴ Zu betonen ist allerdings, dass die Feststellung der Unmöglichkeit bloss eines Teils der vereinbarten Leistung den FuE-Nehmer nicht der Pflicht enthebt, dessen möglichen Rest zu erbringen. Er kann sich nicht wegen Unmöglichkeit eines Teils *seiner* Leistung auf die Ganznichtigkeit des Vertrags berufen.⁵⁵

Fraglich ist, ob die auch wegen widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt nichtigen FuE-Verträge als faktische Vertragsverhältnisse zu behandeln sind. Zu bejahen ist dies wohl wegen des Schutzes Dritter im Falle der FuE-Partnerschaften.⁵⁶ In den übrigen Fällen wird dies abzulehnen sein, insbesondere wenn dem Bundesgericht gefolgt wird, wonach nur qualifiziert widerrechtliche Verträge nichtig sind.⁵⁷

54 Vgl. PFISTER, BB 1966, S. 16.

55 BGE 81 II 662; 80 II 336.

56 MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 38.

57 BGE 102 II 404 ff.

D. Garantieklausel in FuE-Verträgen

Der FuE-Nehmer kann seine Verpflichtung, die vereinbarte Leistung zu erbringen, mit einem Garantieverprechen bekräftigen, indem er sich auch zu einer Schadenersatzleistung verpflichtet, wenn ihm das Erbringen der vereinbarten Leistung schuldlos nicht gelingt oder dies unmöglich ist.⁵⁸

Der FuE-Nehmer übernimmt in diesen Fällen das Risiko eines Misserfolges aus allen Gründen, die nicht im Verhalten des FuE-Gebers liegen.⁵⁹ In gleicher Weise können sich eine oder mehrere Parteien im FuE-Partnerschaftsvertrag verpflichten, die Partner auch schadlos zu halten für den Fall, dass ihre Leistungen aus Gründen nicht erbringbar sind, für die sie nach allgemein schuldrechtlichen Normen nicht einzustehen hätten. Entsprechend seiner Funktion bleibt das selbständige Garantieverprechen, das analog dem Garantievertrag⁶⁰ (Art. 111 OR) nachgebildet ist, auch dann bestehen, wenn der Vertrag wegen Unmöglichkeit nichtig ist.⁶¹ Der FuE-Geber ist finanziell so zu stellen, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre.⁶²

Das Garantieverprechen unterscheidet sich von der Konventionalstrafe dadurch, dass diese akzessorischer, jenes aber

58 SCHNEEBERGER, S. 92.

59 Dazu gehört etwa das grobfahrlässige oder absichtliche Liefern falscher Information oder das Verschweigen wesentlicher Kenntnisse.

60 Vgl. GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 2202 ff.; insbesondere Nr. 2207 f.

61 Vgl. BGE 76 II 38; 72 II 278. Nicht erlaubt und deshalb nichtig ist das Garantieverprechen, wenn der FuE-Vertrag Widerrechtliches oder Unsittliches beinhaltet. Vgl. ENGEL, S. 294.

62 OSER / SCHOENENBERGER, N. 10 zu Art. 111 OR.

selbständiger Natur ist. Die Konventionalstrafe geht bei Nichtigkeit des Vertrages mit diesem unter⁶³ und erfüllt deshalb eine wichtige Funktion, die Sicherung wegen des Dahinfallens der Hauptverpflichtung, nicht. Dagegen entbindet das Garantieverprechen den Gläubiger nicht vom Schadennachweis, der für die Konventionalstrafe entfällt.⁶⁴

Das Garantieverprechen ist auch nicht bloss eine Kausalhaftung, da der FuE-Nehmer als Promittent auch für das einzustehen hat, was vollständig ausserhalb seines Einflussbereichs ist, wie z. B. die nicht von ihm zu vertretende Unmöglichkeit.⁶⁵

Eine solch weitgehende Risikoübernahme wirft die Frage auf, ob dies nach Art. 27 ZGB noch als zulässig anzusehen ist.⁶⁶ Grundsätzlich steht von seiten des Persönlichkeitsschutzes einer solchen Vereinbarung nichts im Weg, da sie weder generell die wirtschaftliche Existenz gefährdet,⁶⁷ noch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit übermässig einschränkt. Im Einzelfall kann dies jedoch durchaus zutreffen, und es ist deshalb die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

Die riskante Natur des Garantieverprechens ist auch zu berücksichtigen bei der Entscheidung, ob eine solche Verpflichtung auch als stillschweigend übernommen gelten kann. Angesichts des grossen Risikos, das ans Aleatorische grenzen kann, ist ein Garantieverprechen wohl nur dann anzunehmen, wenn es

63 GAUCH / SCHLUEP / JAEGLI, Nr. 2124.

64 BGE 103 II 108.

65 BECKER, N. 19 zu Art. 119 OR.

66 TUOR / SCHNYDER, S. 79 ff.; SCHNEEBERGER, S. 29 f.

67 Vgl. BGE 88 II 174.

ausdrücklich erklärt wurde. Zu beachten ist allerdings, dass die Terminologie in diesem Bereich recht uneinheitlich ist,⁶⁸ der Wortwahl entsprechend geringe Bedeutung zukommt. Zurückhaltung in der Annahme eines Garantiever sprechens scheint angezeigt, und im Zweifel wird bloss ein Erfolgsversprechen zu vermuten sein.⁶⁹ Nur aufgrund der Umstände auf einen dahingehenden Willen des FuE-Nehmers zu schliessen, ist kaum angebracht. Die ohnehin grosse Unsicherheit in FuE lässt es als unangemessen erscheinen, dass dem FuE-Nehmer über die schon riskante Zusicherung des Arbeitserfolgs hinaus, auch noch die mit dem Garantiever sprechen verbundenen Risiken überbunden werden.

III. BESONDERHEITEN IM VORVERTRAGLICHEN VERHAELTNIS

Die allgemeine Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben während den Vertragsverhandlungen⁷⁰ ist im Vorfeld von FuE-Verträgen besonders bedeutsam, weil sich die Parteien regelmässig Kenntnisse von wirtschaftlichem Wert vermitteln. Schon allein die Absicht, auf einem bestimmten Gebiet tätig zu werden, kann berechtigterweise geheimgehalten werden wollen, weil darin bestimmte Erwartungen zum Ausdruck kommen, deren Kenntnis geeignet ist, das Verhalten der Konkurrenten zu beeinflussen. Aus diesem Grund wird etwa auch die Klausel in FuE-Verträge aufgenommen, dass auch schon der Umstand, dass FuE-Arbeiten ausgeführt werden, geheim zu halten ist. Darüberhinaus ist mit der Einführung in die Problemstellung regelmässig das Vermitteln von Kenntnissen verbunden.

68 GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 2208.

69 BECKER, N. 21 zu Art.119 OR erblickt dagegen in der Zusicherung der Leistungsfähigkeit einer Maschine stets ein Garantiever sprechen.

70 Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 111 f.; SCHNEEBERGER, S. 49 ff.

"..., chacun doit se conformer aux règles de la bonne foi en ce qui concerne le déroulement des pourparlers en vue d'un acte juridique et la préparation ou passation d'un acte juridique ou d'un acte analogue à un acte juridique." PIOTET, S. 125.

Das Austauschen von Informationen im Laufe der Vertragsverhandlungen ist an sich nichts Ungewöhnliches. Das Besondere der Vertragsverhandlungen über FuE-Verträge ist, dass die Informationen als solche einen Wert besitzen, der darin begründet liegt, dass sie wirtschaftlich verwertbar und nicht allgemein zugänglich sind.⁷¹ Doch es können gerade auch solche Informationen, die nicht unmittelbar verwertet werden können, sondern die erst die Grundlage für wirtschaftlich interessante FuE-Projekte liefern, von grösster Bedeutung sein. Denn vielfach ist es die originelle, wenn vielleicht auch noch unausgereifte Idee, die in ihren Auswirkungen bedeutender ist als die darauffaufbauende FuE.

Da das "Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen"⁷² erst mit der Aufnahme der Verhandlungen entsteht, ist vorweg abzuklären, was als Aufnahme der Verhandlungen anzusehen ist und welche Pflichten ausserhalb des Vertragsverhandlungsverhältnisses bestehen.

A. Blosser geschäftlicher Kontakt

Die Vertragsverhandlungen unterscheiden sich vom blossen geschäftlichen Kontakt dadurch, dass bei jenen der Wille kundgetan wird, allenfalls einen Vertrag abschliessen zu wollen, während dieser nicht im Hinblick auf einen (konkreten) Vertrag erfolgt. Die Grenze verläuft allerdings unscharf, da oftmals auch der geschäftliche Kontakt mittelbar auf einen Vertragsabschluss hinzielen kann. Die Unterscheidung ist

71 Ähnliches gilt auch für den Know-how-Vertrag. Vgl. STUMPF, S. 52 f.

72 Die Bezeichnung stammt von STOLL, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 23, S. 532.

praktisch bedeutsam, da sich verschiedene besondere Verhaltenspflichten an die Aufnahme von Vertragsverhandlungen knüpfen.⁷³

Vertrauliche Informationen können z.B. auch unaufgefordert zugesandt oder aus eigenem Antrieb mündlich mitgeteilt werden, etwa um den Eingeweihten an der Aufnahme von Vertragsverhandlungen zu interessieren.⁷⁴ Grundsätzlich erfolgt dies auf eigene Gefahr des Mitteilenden; denn wer von einem Geheimnis erfährt, ist nicht unbedingt verpflichtet, dieses zu bewahren. Wenn jedoch Geschäftspartner in dauerndem geschäftlichen Kontakt stehen und vertrauliche Informationen als solche bezeichnet werden oder eindeutig als solche zu erkennen sind, darf der Mitteilende darauf vertrauen, dass sie nicht Dritten mitgeteilt werden. Sind schriftliche Unterlagen übergeben worden, besteht die Pflicht, diese an einem sichern Ort aufzubewahren. Dagegen kann lediglich aufgrund der Umstände entschieden werden, ob der Eingeweihte das Anvertraute ohne weiteres selbst verwerten darf. Dagegen spricht die Vermutung, dass wirtschaftlich mittelbar oder unmittelbar verwertbare, nicht allgemein zugängliche Informationen im allgemeinen nicht entschädigungslos preisgegeben werden. Dafür spricht, dass die Verweigerung der Verwertungsbefugnis den Informationsempfänger in seiner Aktionsfreiheit entscheidend beschränken kann. Dieser Umstand hat praktisch grosse Bedeutung und es lässt sich in diesem Sinne nicht nur vom *Informationsschutz*, sondern auch vom *Schutz vor Information* reden, dessen Begründung eben

⁷³ Vgl. GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 536 - 539. SCHNEEBERGER, S. 49 ff.

⁷⁴ G. SEEWER, SHZ vom 1. Juni 1978, S. 25, weist darauf hin, dass zwischen 20 und 30% der Ideen, die zu Neuerungen führen, von aussen an die Unternehmungen getragen werden.

darin liegt, dass die Betätigungsfreiheit nicht durch den Empfang vertraulicher Mitteilungen eingeschränkt werden soll. Es kann deshalb nicht erstaunen, dass ein Grossunternehmen diejenigen, die mit FuE-Stellen in Kontakt kommen, eine Erklärung unterschreiben lässt, dass alles den Mitarbeitern des Unternehmens Mitgeteilte nicht vertraulicher Natur sei, und selber erklärt, es wünsche keine vertraulichen Informationen zu empfangen.

Der aus geschäftlichem Kontakt Verletzte geniesst insbesondere den Schutz von Art. 1 Abs. 2 lit.g UWG. Diese Bestimmung ist jedenfalls auf Informationen aus dem FuE-Bereich anwendbar, da diese generell als Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse zu betrachten sind. Geschützt wäre nach dieser Bestimmung etwa der Latexschaumfabrikant, der einem Büromaterialhersteller auf dessen Drängen eingehend erklärt, auf welche Weise verbesserte Stempelkissen hergestellt werden könnten, worauf dieser anderntags ein derartiges Patent anmeldet.⁷⁵

Die Ansprüche, die dem Verletzten zustehen, sind in Art. 2 UWG abschliessend aufgezählt. Insbesondere steht diesem im Fall des Verschuldens des Verletzers ein Schadenersatzanspruch zu.

75 SCHNEEBERGER, S. 53.

B. Vertragsverhandlungsverhältnis

Nach Aufnahme der Vertragsverhandlungen⁷⁶ sind die Parteien zu erhöhter gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet,⁷⁷ und für deren Missachtung haftet der Verletzer aus culpa in contrahendo, gleichgültig ob ein Vertrag geschlossen wird oder nicht.⁷⁸ Als Ausfluss der Aufklärungspflicht ist jeder Verhandlungspartner, der die Unmöglichkeit eines Verhandlungsgegenstand bildenden FuE-Vorhabens erkennt oder erkennen müsste, verpflichtet, den andern darauf hinzuweisen, sofern dieser selber die Unmöglichkeit "nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist."⁸⁰ Verstösst ein Verhandlungspartner gegen diese Pflicht, hat er dem andern den dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen; beispielsweise auch dann, wenn dieser nach Abbruch der Verhandlungen das besprochene FuE-Projekt selber in Angriff nimmt. Die Aufklärungspflicht umfasst jedoch bloss den Hinweis auf die Unmöglichkeit, eine Begründung ist nicht nötig und schon gar nicht ein Vorschlagen von Alternativlösungen. Dies ist regelmässig eine entgeltliche Leistung; wird sie verlangt, haben sich die Parteien darüber zu einigen und einen Vertrag betreffend die

76 GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 534

77 Vgl. für verschiedene konkrete Verhaltenpflichten BGE 77 II 137 f.; 80 II 37 (Pflicht ernsthaft zu verhandeln), BGE 102 II 84; 66 II 140 (Aufklärungspflicht).

78 Eine Partei kann zur Rechenschaft gezogen werden, falls "... la volonté d'une partie de mener des pourparler ou de préparer ou passer un acte juridique (...) est influencée contrairement aux règles de la bonne foi." PIOTET, S. 112. BGE 77 II 135 ff.

79 GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 542. Wird der Vertrag geschlossen, kann der Schaden aus culpa in contrahendo dennoch selbständig oder im Falle der Nichterfüllung auch gemeinsam mit diesem geltend gemacht werden. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 111.

80 BGE 102 II 84. PIOTET, S. 139.

Vorabklärungen zu schliessen.⁸¹ Je nach der Art der zu leistenden Dienste, kann sich auch ein solcher Vertrag als FuE-Vertrag qualifizieren.

Nach Treu und Glauben haben die Verhandlungspartner auch grundsätzlich die Pflicht, die ihnen gegenseitig zukommenden vertraulichen Informationen nicht anders als zum Vorteil des Mitteilenden zu verwenden. Denn wenn nicht beide Verhandlungspartner darauf vertrauen können, dass die geheimen Kenntnisse, die sie einander mitteilen, nur im Hinblick auf den abzuschliessenden Vertrag verwendet werden, wären FuE-Verträge zu kommerziellen Zwecken zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Das Risiko des Oeffentlichwerdens wichtiger Informationen würde wohl meist schwerer wiegen als der aus der Vergabe von FuE-Arbeiten erhoffte Vorteil. Präzisierend ist Folgendes anzumerken:

1. Als vertraulich kann eine Information nur betrachtet werden, wenn sie der Empfangende nicht schon kennt. Dies ist an sich nicht selbstverständlich, weil vertraulich auch sein kann, was zwei oder sogar mehrere unabhängig voneinander wissen.⁸² Es wäre jedoch stossend, wenn jemand sein Wissen nicht verwerten dürfte, bloss weil er später von anderer Seite unter dem Siegel der Verschwiegenheit erfährt, was er schon gewusst hat.
2. Was als vertraulich zu betrachten ist, ist Ermessensfrage. Nicht zuletzt hängt es davon ab, ob der Mitteilende vor der Preisgabe auf die Vertraulichkeit hingewiesen hat oder ob er es erst nachträglich tut oder ganz unterlässt. Relativ weit ist der Begriff der vertraulichen Information dann zu fassen,

81 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 50.

82 Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn zwei Militäreinheiten dasselbe Lösungswort vereinbaren.

wenn der Informant vorgängig auf die vertrauliche Natur seiner Mitteilungen hinweist. Der Empfänger hat nämlich dann die Möglichkeit, auf die Entgegennahme zu verzichten und sich so der Geheimhaltungspflicht zu entziehen. Eng ist dieser Begriff dagegen auszulegen, wenn erst nach der Mitteilung die Vertraulichkeit betont wird oder der Empfänger dies bloss aus den Umständen erkennen konnte und musste. Denn in diesen Fällen ist das Risiko erheblich, auch solche Informationen zu empfangen, die die Aktionsfreiheit unzulässig beeinträchtigen. Die aus Treu und Glauben abgeleitete Pflicht, Anvertrautes nicht zu verwerten, beschränkt notwendig die Betätigungsfreiheit des Empfangenden, und hört deshalb da auf, wo diese ungebührlich eingeschränkt erscheint. Der Schutz vertraulicher Informationen im Verhandlungsverhältnis ist begrenzt durch den Schutz vor Information.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Verhandlungspartner im Hinblick auf einen FuE-Vertrag dreierlei Risiken in Kauf zu nehmen haben:

1. das allgemeine Risiko, dass Aufwendungen, die im Hinblick auf den Vertragsabschluss vorgenommen wurden, sich als unnütz erweisen,⁸³
2. das Risiko, dass vertrauliche Angaben erhalten werden, die die Betätigungsfreiheit einschränken, und
3. das Risiko, dass die vertraulichen Informationen, die dem Verhandlungspartner mitgeteilt werden, wegen übermässiger Beschränkung dessen Betätigungsfreiheit nicht geschützt wird.

Im Falle der Verletzung der Pflicht, die anvertrauten Informationen nicht Dritten zugänglich zu machen noch selbst zu verwerten, stellt sich die Frage, welchen Modalitäten eine

⁸³ Vgl. dazu ZBJV 83, S. 317; VON BUEREN I, S. 136.

Schadenersatzforderung untersteht.⁸⁴

1. Angepasst ist eine Verteilung der *Beweislast* analog der vertraglichen Schadenersatzordnung (Art. 97 I OR). Danach hat der *Geschädigte* den Schaden, das seinerzeitige Bestehen eines Vertragsverhandlungsverhältnisses und die Mitteilung zu beweisen.

Der Schaden wird wohl meist schwer nachzuweisen sein, sowohl was dessen Vorhandensein als auch insbesondere was dessen Höhe betrifft. Kann ein Schaden konkret nicht bewiesen werden, genügt es im Einzelfall nachzuweisen, dass die anvertrauten Kenntnisse grundsätzlich zur wirtschaftlichen Verwertung oder sonstwie geeignet sind, das wirtschaftliche Geschehen zu beeinflussen,⁸⁵ da das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung am Grundsatz festgehalten hat, dass zur Annahme eines Schadens überzeugende Indizien genügen.⁸⁶ Anzumerken ist, dass mit dem Schadensbeweis gleichzeitig der Nachweis erbracht wird, dass die Informationen zurecht als vertraulich klassifiziert worden sind, da allgemein bekanntes Wissen für sich keinen wirtschaftlichen Wert besitzt.

Der Beweis über das seinerzeitige Bestehen eines Vertragsverhandlungsverhältnisses wird anhand der vielfach vorhandenen Akten wohl wenig Schwierigkeiten bereiten. Dagegen ist der Nachweis, dass Informationen vermittelt wurden, deren ungetreues Behandeln den Schaden verursacht hat, nur schwer zu erbringen, wenn dies aus den Unterlagen nicht eindeutig her-

84 SCHOENENBERGER / JAEGGI, N. 592 zu Art. 1 OR.

85 Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die Absicht des Verhandlungspartners gewisse FuE-Arbeiten auszuführen, Dritten bekanntgegeben wird.

86 Vgl. BGE 74 II 76; 61 II 381. Zur Bemessung des Schadens GUHL / MERZ / KUMMER, S. 86.

vorgeht. Träfe jedoch umgekehrt den Empfangenden die Beweislast, wäre dies noch unbefriedigender. Denn der Mitteilungsempfänger hätte den kaum je zu erbringenden Beweis zu liefern, dass ihm das Strittige nicht anvertraut worden ist.

Dem *Schädiger* obliegt es darzulegen, dass ihn kein Verschulden am Schaden trifft. Eine Exkulpation ist in dreierlei Hinsicht möglich. Er kann beweisen, dass

1. er das ihm Anvertraute schon gekannt hat,
2. er das ihm Anvertraute nicht selber verwertet und er es weder Dritten mitgeteilt hat, noch ihm zur Last gelegt werden kann, dass Dritte davon Kenntnis erlangt haben,⁸⁷
3. ein Verwertungsverbot seine Aktionsfreiheit übermässig beschränkt hätte.

Schwach ist die Stellung des Schädigers jedenfalls dann, wenn eine mit ihm befreundete Unternehmung Aktivitäten entfaltet, die als eine Folge der ihm anvertrauten Informationen zu betrachten sind.

2. Die Haftung für Hilfspersonen richtet sich ebenfalls nach der *vertraglichen* Haftungsnorm (Art. 101 OR), weil beide wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zur deliktischen Haftung für Hilfspersonen (Art. 55 OR) - der als Hilfspersonen bezeichnete Personenkreis und das Moment des Verschuldens - für deren Anwendung sprechen.

Hilfspersonen im Sinne des Art. 101 sind alle diejenigen, die der Geschäftsherr zur Erbringung seiner Leistungen beizieht und die nicht selbständig tätig werden,⁸⁸ während Hilfsperson im Sinne des Art. 55 nur ist, wer in einem Subordinationsverhältnis zu diesem steht.⁸⁹ Die Beschränkung der Haftung auf solche Per-

87 Z.B. dass ihm die Unterlagen aus dem Panzerschrank gestohlen wurden.

88 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 224 f.; SCHNEEBERGER, S. 121.

89 BGE 70 II 220; VON BUEREN I, S. 253.

sonen, gegenüber denen eine Weisungsbefugnis besteht, ist nicht gerechtfertigt. Der Verhandlungspartner, der beispielsweise einen Berater zu den Verhandlungen zuzieht, hat für dessen schädigendes Verhalten ebenso einzustehen wie für dasjenige seiner Mitarbeiter. Denn Konsulent und Angestellte treten oft nach aussen unterschiedslos auf, weshalb es unbillig wäre, jemanden der Hilfspersonenhaftung zu entziehen, der ununterscheidbar neben andern auftritt. Jede Partei darf erwarten, dass die Gegenpartei für alle ihre Verhandlungsführenden haftet.

Dagegen stellt der Art. 101 OR den Geschäftsherrn insofern günstiger, als dieser nur im Fall des Verschuldens haftet,⁹⁰ während nach Art. 55 dieses nicht Haftungsvoraussetzung ist.⁹¹ Die Beschränkung der Haftung auf den Verschuldensfall scheint deshalb angepasst, weil der Verhandlungspartner nicht bessergestellt werden soll als wenn der Geschäftsherr ihn selbst bewirkt hätte.⁹²

3. Betreffend Verjährungsfrist ist der *kürzeren* des Art. 60 OR gegenüber der längeren normalen des Art. 127 OR der Vorzug zu geben. Der Grund liegt darin, dass der Geschädigte nicht auf Kosten des Schädigers spekulieren soll. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn dieser das ihm Anvertraute unbefugt selbst verwertet, und der Geschädigte mit der Schadenersatzforderung möglichst lange zuwartet in der Hoffnung, der Schädiger habe grossen Erfolg, was zu einer entsprechend hohen Schadenersatzforderung berechtigt. Ausserdem dürfte in der Regel eine

90 Die Schuldhaftigkeit des Handelns der Hilfspersonen wird an der Person des Geschäftsherrn gemessen. Vgl. GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 1409 ff., insbesondere Nr. 1413.

91 BGE 90 II 90; GUHL / MERZ / KUMMER, S. 191.

92 Vgl. GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI, Nr. 1411.

Frist von einem Jahr seit dem Entdecken der Schädigung für das Erheben eines Schadenersatzanspruches ausreichen.

C. Vereinbarung über vertragliche Informationen

Um allfällige Schwierigkeiten, die sich im Rahmen des Vertragsverhandlungsverhältnisses bezüglich des Informationsaustausches ergeben können, zu vermeiden, kann vor Aufnahme der Vertragsverhandlungen im Hinblick auf einen FuE-Vertrag vereinbart werden, welche Informationen vertraulich zu behandeln, bzw. welche Patentanmeldungen zu respektieren sind. Nebst einem Verzeichnis des als vertraulich Geltenden enthalten solche Vereinbarungen vielfach noch ergänzende Angaben; so etwa Erweiterungen oder Einschränkungen gegenüber den im Vertragsverhältnis analog auferlegten Pflichten oder auch Angaben bezüglich der Dauer, während der die Verpflichtungen bestehen. Es ist beispielsweise auch vereinbart worden, dass der Auftraggeber jene Patentanmeldungen des Nehmers respektiert, die wenigstens sechs Monate vor Vertragsabschluss erfolgt sind.

Regelmässig bestehen die Pflichten der Parteien in einem Tun (sicheres Aufbewahren vertraulicher Unterlagen) und in einem Unterlassen (Nichtweiterverbreitung oder Selbstverwertung). Eine Verletzung der (vertraglichen) Pflichten ist nach Art. 97 ff. OR zu beurteilen.

Der Vorteil einer solchen Vereinbarung besteht darin, dass klar feststeht, was von dem Mitgeteilten vertraulicher Natur ist und wozu sich die Parteien verpflichten wollen. Insbesondere ist der Schutz vor Informationen weitgehend gewährt.

VIERTER ABSCHNITT: INHALT DER FUE - VERTRAEGE

§ 7 PFLICHTEN DES FUE - NEHMER

Der FUE-Nehmer hat regelmässig mehrere Leistungen zu erbringen, die teils, obwohl unterscheidbar, als Einheit bestehen,¹ teils den eigentlichen Vertragszweck bloss ergänzen. Entsprechend lassen sich Haupt- und Nebenleistungen² auseinanderhalten, wobei sich jene weiter aufteilen lassen in die (typische) Grundleistung und in Zusatzleistungen, die jedoch alle auf einen einheitlichen Zweck gerichtet sind. Neben diesen komplexen gibt es allerdings auch einfache Verträge, die den FUE-Nehmer nur zur allen FUE-Verträgen typischen Leistung³ verpflichten, welche im Ausführen bestimmter FUE-Arbeiten besteht.

Im folgenden werden zuerst die häufigsten Haupt- und anschliessend die Nebenleistungen dargelegt. Die hier vorgenommene Einteilung entspricht der in der Praxis normalerweise anzutreffenden Regelung. Im Einzelfall kann jedoch nach dem Willen der Parteien eine hier als Nebenleistung

1 Eine ähnliche Erscheinung kann bei Verträgen im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung festgestellt werden. Vgl. SCHLUEP, Innominatverträge, S. 962.

2 Nebenleistungen sind ebenso wie Hauptleistungen selbständige Leistungen, doch kommt ihnen nach dem Willen der Parteien "innerhalb der Gesamtleistung untergeordnete Bedeutung" zu. WEISS, S. 39. Zu unterscheiden sind die Nebenleistungen von den Obliegenheiten, die Voraussetzung oder Bestandteil einer selbständigen Leistung sind. Vgl. dazu GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI I, N. 68.

3 Als solche wird hier auch die *Auflage* des FUE-Nehmers im FUE-Projektunterstützungsvertrag betrachtet, obwohl sie rechtlich keine Gegenleistung darstellt. Tatsächlich handelt es sich jedoch um eine - wenn auch beschränkte, eigenartige - Leistungspflicht, die einklagbar ist (Art. 246 OR) und deren Nichterfüllung eine Schadenersatzforderung begründet. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 345.

bezeichnete eine Hauptleistung sein, andererseits kann eine hier diesen zugeordnete sich als im Rahmen des Gesamtvertrages von geringer Bedeutung erweisen und deshalb Nebenleistung sein. Be- trifft dies jedoch die Grundleistung des FuE-Nehmers, fällt das für FuE-Verträge typische Merkmal weg, und es kann alsdann nicht mehr von einem FuE-Vertrag die Rede sein.

I. HAUPTPFLICHTEN DES FuE - NEHMERS

A. Grundleistung

Die typische Leistung des FuE-Nehmers besteht im Entfalten einer FuE-Tätigkeit. Die FuE-Verträge sind deshalb in ihrem Kern Ver- träge auf Arbeitsleistung, was in Bezug auf die Anwendung allge- meiner Normen zu berücksichtigen ist (z.B. Art. 95 OR).⁴

a. Haftung

Der Umfang der Verpflichtung ist verschieden, je nachdem ob der FuE-Nehmer bloss sorgfältiges Ausführen von FuE-Arbeiten oder darüber hinaus ein bestimmtes Arbeitsergebnis schuldet.⁵

aa. Regel: Haftung nur für sorgfältiges Arbeiten

Der Natur der FuE als einer mit *Unsicherheit* behafteten Tätig- keit entsprechend ist im allgemeinen die Beschränkung der Haftung auf sorgfältiges Arbeiten, wie sie das Auftragsrecht kennzeichnet, eher angemessen. Im Zweifel wird bei FuE-Verträgen deshalb anzu- nehmen sein, dass der FuE-Nehmer seine Arbeitspflicht erfüllt, wenn er die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

4 Vgl. dazu GAUCH / SCHLUEP / JAEGGI II, N. 1263 ff.

5 Vgl. BGE 83 II 529, BGE 93 II 313.

An die Sorgfaltspflicht sind unabhängig vom Versprechen eines Arbeitserfolges (Art. 364 und 398 OR) regelmässig strenge Massstäbe anzulegen, da vom FuE-Nehmer als Spezialist erwartet werden darf, "dass er den Anforderungen an einen tüchtigen Angehörigen seines Standes entspricht."⁶ In FuE wird sich die Sorgfalt oft bloss an formalen Kriterien messen lassen. So sollten die abgefassten Berichte, Pläne und weiteren Unterlagen, die das geschaffene Immaterialgut verkörpern, dem FuE-Geber in verständlicher Form übergeben werden.⁷ Die Feststellung, ob die beobachtete Sorgfalt auch in materieller Hinsicht genügt, ist im Bereich der FuE dagegen äusserst schwierig. Es entspricht gerade dem Wesen der FuE, dass unübliche, zum Teil dem Bekannten widersprechende Lösungsansätze geprüft werden, die sich später als nicht realisierbar oder als ungeeignet herausstellen. Welcherartigen Risiken der FuE-Nehmer berechtigt ist einzugehen, ist nur aufgrund der Umstände im einzelnen Fall zu bestimmen. Unsorgfältig handelt jedenfalls, wer Untersuchungen aus eigenem Interesse vornimmt, die aller Wahrscheinlichkeit nach einer Lösung wenig dienlich sind.

Besonders schwierig ist es, die Arbeit des FuE-Nehmers zu beurteilen, wenn die angestrebten Ziele ungenau bezeichnet sind, was im Bereich der Grundlagenforschung und der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften oft der Fall ist.⁸

6 GUHL / MERZ / KUMMER, S. 421 und 432; BGE 95 II 51, 93 II 19.

7 Nicht selten wird die Form, in der die FuE-Ergebnisse zu präsentieren sind, vertraglich vereinbart. Vgl. SCHNEEBERGER, S. 100. So ist beispielsweise vereinbart worden, dass die abzuliefernden Unterlagen umfassend, verständlich und ausführbar sein sollen, verbunden mit der Pflicht des FuE-Nehmers, allfällige Unklarheiten zu beseitigen.

8 Vgl. KOHN, S. 35 ff.

Zur Sorgfaltspflicht wird es in der Regel gehören, dass der FuE-Nehmer öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften beachtet,⁹ so z.B. Sicherheitsvorschriften bei technischen FuE-Projekten oder Schutz der Geheimsphäre bei soziologischen FuE-Vorhaben. Dagegen wird eine Pflicht zur umfassenden Prüfung allfälliger entgegenstehender Patente im allgemeinen nicht anzunehmen sein. Praktiker weisen darauf hin, dass selbst die Patentabteilungen der Grossunternehmen kaum in der Lage sind, zuverlässige umfangreiche Patentrecherchen durchzuführen. Der Aufwand, der zur Ermittlung entgegenstehender Schutzrechte getrieben werden soll, hat sich normalerweise nach der Bedeutung der auszuführenden FuE-Arbeiten zu richten.

bb. Ausnahme: Haftung für Erfolg

Ist der FuE-Nehmer ausnahmsweise zur Leistung eines *Arbeitserfolges* verpflichtet, hat er nebst sorgfältigem Vorgehen¹⁰ auch dafür einzustehen, dass der vereinbarte Erfolg eintritt.¹¹ Wie vorn S.120 dargelegt, ist in einem solchen Fall Werkvertragsrecht direkt oder analog anzuwenden. Der FuE-Nehmer haftet diesfalls dafür, dass sein Arbeitsergebnis den vereinbarten Spezifikationen entspricht.

Fraglich kann sein, ob der FuE-Nehmer unter bestimmten Voraussetzungen von den vereinbarten Spezifikationen abweichen darf. Dies ist zu bejahen,¹² falls sich die Abweichung von den Spezifikationen im Hinblick auf die beabsichtigte Verwendung der

9 Vgl. KIRCHNER, BB 1971, S. 68.

10 BGE 96 II 61.

11 GAUCH, Werkvertrag, N. 6 f.

12 Vgl. GAUCH, a.a.O., N. 354.

FuE-Ergebnisse als unerlässlich erweist. Massgebend ist, dass die Abweichung im Interesse des FuE-Gebers erfolgt.

Eine Aenderung der Spezifikationen kann auch die Folge des ausgeübten Weisungsrechtes (Art. 369 OR) des FuE-Gebers sein.¹³ Dies wird jedoch nur in beschränktem Umfang zulässig sein, denn der FuE-Geber kann nicht nach Vertragsschluss ohne dessen Zustimmung Aenderungen verlangen, die das Risiko des Nichterreichens für den FuE-Nehmer vergrössern. Für Mehraufwand, der durch Aenderungen an den Spezifikationen verursacht wird, steht dem FuE-Nehmer unabhängig von einer allfälligen Festpreisabrede ein entsprechender Vergütungsanspruch zu.¹⁴

b. Persönliche Ausführung

Der FuE-Nehmer hat regelmässig die übernommenen Arbeiten persönlich auszuführen, da dessen persönliche Eigenschaften von wesentlicher Bedeutung sind und anzunehmen ist, dass der FuE-Geber den FuE-Nehmer gerade im Hinblick auf diese ausgewählt hat.

Dies gilt einmal in fachlicher Hinsicht, indem der FuE-Nehmer meist speziell befähigt ist für die Ausführung der vereinbarten Arbeiten. Zum andern sind auch charakterliche Eigenschaften bedeutungsvoll, falls der FuE-Nehmer eine natürliche Person ist, da ein FuE-Vertrag nur auf der Basis gegenseitigen Vertrauens reibungslos abgewickelt werden kann.¹⁵ Die "persönliche" Durchführung ist jedoch nicht auf die Fälle der natürlichen Personen beschränkt, da es dem FuE-Geber meist auch darauf ankommt, dass die FuE-Arbeiten von dem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden, das er ausgewählt hat.

13 Vgl. auch GAUTSCHI, Werkvertrag, N. 17 a f. zu Art. 373 OR.

14 GAUCH, Werkvertrag, N. 112.

15 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 53.

Mitunter kann es allerdings auch im Interesse des FuE-Gebers liegen, dass der FuE-Nehmer seinerseits gewisse Teilarbeiten zur selbständigen Bearbeitung weitergibt, z.B. weil dem FuE-Nehmer in einem Teilbereich die spezifische Sachkenntnis fehlt. Ist der FuE-Nehmer kraft Vereinbarung oder ausnahmsweise aufgrund der Umstände befugt, Dritte mit seinen eigenen Arbeiten zu betrauen, fragt es sich, in welcher Form er für deren Verhalten einzustehen hat.

c. Haftung für Subunternehmer

Die Rechtslage ist klar, falls der zu beurteilende FuE-Vertrag als Auftrag oder Werkvertrag zu qualifizieren ist. In diesem Falle haftet der FuE-Nehmer für das Verhalten des Dritten wie für sein eigenes,¹⁶ in jenem dagegen bloss für sorgfältige Wahl und Instruktion des Dritten (Art. 399 II OR).

Falls jedoch wegen Atypizität des vorliegenden FuE-Vertrags keines dieser beiden Vertragstypenrechte direkt angewandt werden kann, ist zu prüfen, welches von beiden bezüglich dieser Frage analog heranzuziehen ist. Zwei Fälle sind auseinanderzuhalten.

Ist der FuE-Nehmer lediglich befugt, nicht jedoch verpflichtet, Arbeiten weiterzugeben, so ist angemessen, dass er haftet wie der Unternehmer im Werkvertrag, das Verhalten des Unterakkordanten¹⁷ demnach als sein eigenes gilt. Denn der FuE-Nehmer soll nicht besser gestellt sein, wenn er durch Dritte erfüllen lässt,

¹⁶ Vgl. GAUCH, a.a.O., N. 71.

¹⁷ BGE 94 II 166.

als wenn er selber erfüllt hätte. Ist der FuE-Nehmer dagegen nach Vertrag verpflichtet, für gewisse Arbeiten Dritte beizuziehen, ist es gerechtfertigt, ihn nur für Auswahl und Instruktion haften zu lassen, weil er in diesem Fall gar nicht die Möglichkeit hat, selber zu erfüllen.¹⁸

B. Zusatzleistungen

a. Verschaffen eines Wettbewerbsvorteils

Generell besteht der Zweck kommerzieller FuE-Verträge - zumindest für den FuE-Geber - im Erwerb eines Wettbewerbsvorteils aufgrund neuer, wirtschaftlich verwertbarer Kenntnisse.¹⁹ So wenig dies bestritten ist, so kontrovers sind die Meinungen der Praktiker darüber, in welchem Masse auch dem FuE-Nehmer Vorteile durch Verwertung des von ihm erarbeiteten Wissens zukommen sollen.²⁰ Einigkeit herrscht lediglich darüber, dass die Frage der Berechtigung am geistigen Eigentum unabhängig von dessen Schutzfähigkeit durch Ausschliesslichkeitsrechte besteht.

Vertreter der Ansicht, dass das geistige Eigentum dem FuE-Nehmer zustehe, stützen ihre These vor allem auf das Argument ab, dass der FuE-Geber, auch wenn er die vollen FuE-Kosten übernehme, ungerechtfertigt in den Genuss des schon vorhandenen Wissens des FuE-Nehmers komme.²¹ Vertreter der andern - wohl

18 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 433, die die berechnete Substitution auf den Fall beschränken, wo das Aufsuchen Dritter Gegenstand des Auftrages ist.

19 "Das Unternehmen muss mit der Erarbeitung, Auffindung, Beschaffung, usw. des Wissens, auf welchem es seine Tätigkeit aufbaut, einen Vorsprung erlangen können, sonst wird es keinen Antrieb zu solchem Bemühen haben." DRUEY, S. 125/126.

20 Vgl. etwa die Kontroverse zwischen Bund und Maschinenindustrie. E. SCHNEEBERGER, S. 3 ff. und B. STOCKER, S. 7 ff., in Verwaltungspraxis vom 28. März 1977.

21 Vgl. B. STOCKER, a.a.O.

richtigen - Auffassung betonen dagegen, dass der Wagemut des FuE-Gebers, der das Risiko allein trägt und der den FuE-Nehmer auch im Fall eines Fehlschlages entschädigt, belohnt werden soll.²² In der Tat entspricht es alter Gepflogenheit, dass der alles riskierenden Partei die Vorteile im Fall des Gelingens zustehen sollen. Der Nutzen, den der FuE-Geber aus einem FuE-Vertrag ziehen kann, besteht nun jedoch gerade in der Verwertung der Kenntnisse. Dies unterscheidet u.a. den FuE-Vertrag von ähnlichen Verträgen, wo der Besteller am neu zu konstruierenden Gegenstand, nicht an den Kenntnissen als Verwertungsobjekt interessiert ist.²³

Die Auffassung, wonach das im Vertragsverhältnis erarbeitete geistige Eigentum der Partei zukommt, die das Risiko trägt, liegt auch der arbeitsvertraglichen Regel von Art. 332 Abs. 1 OR zugrunde. Danach ist der Arbeitgeber an den Ergebnissen berechtigt, die eigens für FuE angestellte Arbeitnehmer erarbeiten. Der Arbeitgeber trägt hier ein ähnliches Risiko wie der FuE-Geber, nämlich dass die von ihm bezahlten Arbeitnehmer keine Erfolge erzielen. Auch profitiert der Arbeitgeber in Analogie zum FuE-Geber von den Kenntnissen, die der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Anstellung mitbringt, z.B. von seiner Hochschulbildung. Im Falle des FuE-Vertrags als Auftrag kann die Herausgabe der erworbenen Kenntnisse wohl auch gestützt auf Art. 400 OR verlangt werden. Für die Konsumenten wurde dies wiederholt bejaht.²⁴ Unterlassen es die Parteien, eine Vereinbarung zu treffen, wenn

22 SCHNEEBERGER, S. 70 f.

23 Vgl. PFISTER, BB 1966, S. 17, der zum gleichen Ergebnis kommt und der eine Reihe von Momenten anführt, die für die Annahme eines Interesses bloss am Gegenstand oder aber für die Annahme eines Interesses an den Kenntnissen zu berücksichtigen sind.

24 Neuestens GAUL / BARTENBACH, DB 1978, S 1164. Vgl. auch NEBEL, S. 104 f.

das geistige Eigentum gehören soll, wird die Berechtigung daran nach dem Gesagten vor allem davon abhängen, wer welche Risiken übernommen hat. Häufig wird es angemessen sein, die Verwertung des geistigen Eigentums beiden Parteien zu gestatten, wobei die Modalitäten im Einzelfall festzulegen sind.

b. Lizenzvergabe

Nicht zuletzt aus Gründen der Praktikabilität vereinbaren die Parteien oft, dass das geistige Eigentum grundsätzlich einer Partei zukommt, der andern jedoch Lizenzen gewährt werden. Entsprechend beinhaltet der FuE-Vertrag je nach der Art des lizenzierten Gegenstandes verschiedene lizenzrechtliche Elemente. Welchen Modalitäten die Lizenz im einzelnen untersteht, ergibt sich aus dem Vertrag. Da hier auf die lizenzrechtlichen Fragen nicht eingegangen werden kann, sei für deren Behandlung auf die Spezialliteratur verwiesen.²⁵

c. Bau von Prototypen

In Entwicklungsverträgen wird oft vereinbart, dass der FuE-Nehmer aufgrund der von ihm erarbeiteten Kenntnisse einen Prototyp herzustellen habe.²⁶ Die Kosten für den Prototypbau sind im Vergleich zum Aufwand für die eigentliche FuE-Arbeit oft so hoch, dass eine dahingehende Pflicht als Hauptpflicht anzusehen ist, obwohl der Prototyp lediglich ein Mittel darstellt, um technische Kenntnisse zu verkörpern. Die Pflicht zum Bau eines Prototyps ist ein werkvertragliches Element.²⁷ Doch darf daraus nicht etwa geschlossen werden, dass deshalb auch die FuE-Leistung eine werkvertragliche sein müsse. Möglich ist auch, dass sich der FuE-

25 Vgl. dazu BLUM / PEDRAZZINI II, S. 327 ff.; STUMPF, S. 19 ff.

26 Vgl. HANSEN, S. 120 ff.

27 Vgl. die Pflicht des Architekten zur Ablieferung eines Modells.

Nehmer nur dazu verpflichtet hat, die ihm übertragenen Arbeiten auszuführen, ohne sich zu einem bestimmten Erfolg zu verpflichten. Gelingt es ihm, die Kenntnisse, die den Prototypenbau ermöglichen, zu erarbeiten, ist er allerdings dazu verpflichtet, einen Prototyp herzustellen, für dessen Mängel er haftet wie ein Unternehmer im Werkvertrag.²⁸

II. NEBENPFLICHTEN DES FuE - NEHMERS

Da es den Parteien freisteht, den Vertragsinhalt der konkreten Interessenlage gemäss zu gestalten (Art. 19 OR), ist eine Aufzählung der möglichen Nebenpflichten notwendigerweise unvollständig. Im folgenden kann es deshalb nur darum gehen, die häufigsten anzuführen.

A. Vertragliche

a. Veröffentlichung der Ergebnisse

In andern als kommerziellen FuE-Verträgen, vor allem in FuE-Projektunterstützungsverträgen findet sich etwa die Klausel, dass der FuE-Nehmer zur Veröffentlichung der Ergebnisse verpflichtet ist. Nicht immer wird bestimmt, in welcher Form dies zu geschehen hat; oder es wird lediglich vereinbart, dass dies in "geeigneter Form" erfolgen solle. Damit wird wohl nicht bloss die Darstellung gemeint sein, sondern auch die Art des Mediums, beispielsweise eine Fachzeitschrift.

²⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 327 ff.

b. Lizenzvergabe an Dritte

FuE-Verträge, die von staatlichen Stellen eingegangen werden, verpflichten den FuE-Nehmer oft, Dritten zu angemessenen Bedingungen eine Lizenz einzuräumen. Zweck dieser Bestimmung ist, alle interessierten Unternehmen in den Genuss staatlich finanzierter FuE zu bringen. Den FuE-Nehmer trifft hier eine Kontrahierungspflicht, die den an einer Lizenz Interessierten einen klagbaren Anspruch gewährt.²⁹ Streitig kann sein, was als angemessen zu bezeichnen ist.³⁰ Grundsätzlich wird neben den Faktoren, die allgemein den Wert einer Lizenz bestimmen, der besondere Umstand zu berücksichtigen sein, dass der FuE-Nehmer als Lizenzgeber in gewissem Umfang von staatlichen Leistungen profitiert hat.

c. Einweisung des FuE-Gebers

Ueber die normale Pflicht zur Vermittlung der FuE-Ergebnisse hinaus kann dem FuE-Nehmer obliegen, dem FuE-Geber die FuE-Ergebnisse näher zu erläutern. Im Falle komplexer Entwicklungsprojekte kommt dieser Vereinbarung grosse Bedeutung zu, da der FuE-Geber sonst regelmässig nicht in der Lage ist, einen vernünftigen Gebrauch von den erarbeiteten Kenntnissen zu machen.³¹

Die Beanspruchung des FuE-Nehmers durch die Pflicht zur Einweisung kann sehr erheblich sein, weshalb diese zum Teil beschränkt wird oder nur gegen besonderes Entgelt erfolgt.

29 BGE 97 II 50 f.; VON THUR / SIEGWART, I, S. 252; CAVIN, SJ 1970, S. 331; GAUCH / SCHLUEP / JAEGLI, Nr. 648. Es handelt sich um einen Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), durch den sich der FuE-Nehmer als Promittent verpflichtet, mit Dritten Lizenzverträge einzugehen.

30 Zur Ermittlung der Höhe der Lizenzgebühr vgl. etwa BGE 42 II 269 ff.

31 BLUM / PEDRAZZINI II, S. 482 ff. führen eine Reihe verschiedener Möglichkeiten an, wie die Einweisung praktisch geschehen kann.

d. Mitteilungen von Neuerungen

FuE ist ein dynamischer Prozess, der als solcher nie abgeschlossen ist. Oft ergeben sich im Laufe der FuE-Arbeiten neue Kenntnisse, die ihrerseits wieder die Basis für weitere FuE-Arbeiten bilden können. Der FuE-Geber, der ein bestimmtes FuE-Vorhaben in Auftrag gegeben hat, kann ein erhebliches Interesse daran haben, auch von allfälligen Weiter- oder darauf aufbauenden Neuentwicklungen zu profitieren.

Ein Anspruch auf solche Neuerungen kann dem FuE-Geber auf verschiedene Weise eingeräumt werden. Am häufigsten ist wohl eine Form der Lizenz, die in der Regel entgeltlich ist, da mit der vertraglichen Vergütung vermutungsweise nicht auch nachvertragliche FuE-Arbeiten abgegolten sind. Ein solches Recht des FuE-Gebers begründet keine Pflicht des FuE-Nehmers, weitere FuE-Tätigkeiten zu entfalten. Sie verpflichtet ihn lediglich zur Bekanntgabe der Ergebnisse, falls er freiwillig weitere FuE-Arbeiten ausführt.

Streitig kann mitunter sein, was als noch mit dem Vertragsgebiet in Zusammenhang stehend zu betrachten ist.³²

e. Meistbegünstigung

Der FuE-Nehmer kann verpflichtet sein, den FuE-Geber "unter vergleichbaren Umständen verhältnismässig mindestens so gut zu behandeln wie den meistbegünstigten Kunden."³³ Meistbegünstigungsklauseln in dieser allgemeinen Form sind allerdings eher die Ausnahme. Häufiger wird die Meistbegünstigung nur in bestimmter Hinsicht versprochen, so beispielsweise bezüglich Lizenzen³⁴ oder auch bezüglich der Produkte, die der FuE-Nehmer aufgrund der vertraglichen FuE-Arbeiten herstellen wird.

³² Ausführlich BLUM / PEDRAZZINI II, S. 378 ff.

³³ SCHNEEBERGER, S. 107.

³⁴ Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 486 und dort zit. Literatur.

Im Falle allgemein formulierter Meistbegünstigungsklauseln gibt es nicht selten Schwierigkeiten bei der Bestimmung, welche Umstände als "vergleichbar" anzusehen sind.

f. Konkurrenzverbot

Stehen dem FuE-Geber nach Vertrag die FuE-Ergebnisse allein zu, wird zur Stärkung seiner Stellung oft ein Konkurrenzverbot vereinbart. Dessen Wirkungen entfalten sich vor allem nach Abschluss der FuE-Arbeiten, weil dann aufgrund des neu erworbenen Wissens die Aufnahme einer Konkurrenz Tätigkeit besonders verlockend erscheint. Es handelt sich deshalb beim Konkurrenzverbot meist auch um eine nachvertragliche Pflicht, die hinten S. 234 ff. behandelt wird.

g. Pflicht zum Abschluss von Versicherungen

Die Durchführung von FuE-Projekten kann teilweise mit erheblichen Risiken verbunden sein. So kann beispielsweise die Gefahr radioaktiver Verseuchung bestehen, oder es entstehen während eines Versuchs unerwartet giftige oder explosive Chemikalien, oder die Turbine ist den Belastungen nicht gewachsen und birst beim Probelauf. Treten solche Ereignisse ein, können möglicherweise sowohl FuE-Nehmer als auch FuE-Geber haftbar gemacht werden. Um derartige Risiken abzudecken, wird dem FuE-Nehmer die Pflicht auferlegt, sich entsprechend zu versichern und zwar so, dass auch allfällige Ansprüche gegen den FuE-Geber mitversichert sind.

B. Sich aus Treu und Glauben ergebende Nebenpflichten

a. Geheimhaltung

Nicht durch ein Ausschliesslichkeitsrecht geschützte Immaterialgüter verschaffen nur dann einen Wettbewerbsvorteil, wenn sie geheimgehalten werden. Ist der FuE-Nehmer verpflichtet, das geistige Eigentum ganz oder teilweise dem FuE-Geber zu verschaffen, ist damit gleichzeitig die Pflicht verbunden, alles geheimzuhalten, woran der FuE-Geber ein Interesse haben kann. Aehnlich wie das Konkurrenzverbot ist auch die Geheimhaltungspflicht vor allem eine nachvertragliche Pflicht und wird als solche hinten S. 215 ff. behandelt.

b. Rückgabe von Unterlagen

Unterlagen, welche der FuE-Geber im Laufe der Durchführung dem FuE-Nehmer ausgehändigt hat, sind jenem nach Vertragsablauf wieder zurückzugeben, sofern sie vertrauliche Angaben enthalten. Die Pflicht zur Rückgabe schliesst selbstredend das Recht aus, Kopien herzustellen und zurückzubehalten. Die Rückgabepflicht ist im weiteren Sinn eine Massnahme zur Sicherung der darin enthaltenen Geheimnisse.

c. Mithilfe bei der Patentanmeldung

Zur Anmeldung einer von Mitarbeitern des FuE-Nehmers gemachten Erfindung zum Patent oder zu dessen Uebertragung ist der FuE-Geber oft auf die Mithilfe des FuE-Nehmers und seiner Mitarbeiter angewiesen. Insbesondere verpflichtet sich der FuE-Nehmer jeweils, die erforderlichen Unterschriften zu leisten.

d. Spezielle Rechnungsführung

Wenn bei der Bemessung der Vergütung des FuE-Nehmers auf die bei ihm angefallenen Kosten abgestellt wird, hat der FuE-Geber ein Interesse, dass der FuE-Nehmer eine den besonderen Anforderungen entsprechende Rechnung führt. Insbesondere wird der FuE-Nehmer alle von ihm in Anschlag gebrachten Kosten zu belegen haben. Darüberhinaus darf ihm aber in der Regel auch zugemutet werden, seine Bücher so zu führen, dass sie auch für den Aussenstehenden klar und transparent sind. Welcher Aufwand für die Buchführung vertretbar ist, hängt stark vom Umfang und der Art der zu erbringenden Leistung ab. Die Erfüllung bloss der gesetzlich verankerten minimalen Buchführungspflicht (Art. 958 OR) wird regelmässig unzureichend sein.

§ 8 PFLICHTEN DES FuE - GEBERS

Die Pflichten des FuE-Gebers lassen sich sowenig abschliessend aufzählen wie die des FuE-Nehmers. Doch schuldet der FuE-Geber regelmässig nur eine Hauptleistung, die allenfalls durch verschiedene Nebenleistungen ergänzt werden kann.

I. HAUPTPFLICHT DES FuE - GEBERS

Normalerweise ist der FuE-Geber zur Bezahlung einer Geldsumme verpflichtet. Die Vergütung in Form von Geld ist allerdings nicht die einzig mögliche hauptsächliche Leistungsart. Die bedeutendste Leistung des FuE-Gebers kann etwa auch in der Gewährung einer Lizenz, in der Lieferung von Waren, in der Herstellung eines Werkes oder auch in einer Dienstleistung bestehen, doch sind diese Fälle eher selten und werden deshalb hier nicht näher beleuchtet. Da es sich dabei um typische Leistungspflichten bestimmter Verträge handelt, wird in der Regel das entsprechende Vertragstypenrecht analog heranzuziehen sein.¹

Da die Bezahlung einer Geldsumme die weitaus häufigste Leistungsart des FuE-Gebers ist, wird im Zweifel anzunehmen sein, dass eine solche als vereinbart zu gelten hat.² Im folgenden werden erstens die gebräuchlichsten Arten zur Bemessung der Entschädigung dargestellt und zweitens Hinweise gegeben, wie die Höhe der Vergütung zu bestimmen ist, falls sich die Parteien darüber nicht ausgesprochen haben.

A. VERGUETUNGSARTEN

Die Praxis hat im Laufe der Zeit eine Reihe verschiedener Systeme zur Bemessung der Vergütung in FuE-Verträgen entwickelt, die der hohen Unsicherheit in FuE und dem Umstand Rechnung tra-

¹ Also etwa das Lizenz-, Kauf-, Werkvertrag- oder Auftragsrecht.

² Diese Regelung entspricht der auftragsrechtlichen Norm Art. 394 III OR, wonach eine Vergütung zu leisten ist, "wenn sie verabredet oder üblich ist."

gen, dass die Leistung des FuE-Nehmers als solche nicht messbar ist (vgl. vorn S.19 f).³ Pionierarbeit wurde in den USA geleistet, wo der Staat in grösstem Umfang FuE-Verträge abgeschlossen hat und intensiv nach vertraglichen Anreizmechanismen gesucht hat.⁴ Einschränkend ist allerdings festzustellen, dass die herkömmlichen Methoden zur Bemessung der Vergütung immer noch vorherrschend sind.

Welches die angemessene Vergütungsart ist, lässt sich nur mit Blick auf die Interessenlage und die Umstände im einzelnen Fall sagen. Hier kann es nur darum gehen, die Charakteristik der verschiedenen Arten und deren Auswirkung auf die Risikoverteilung darzulegen. Vorauszuschicken ist, dass die sinnvolle Handhabung der komplizierteren Systeme zur Berechnung der Vergütung erhebliche betriebswirtschaftliche und technische Kenntnisse und eine reiche Erfahrung voraussetzt. Wegen des grösseren administrativen Aufwandes eignen sie sich eher für grössere FuE-Vorhaben.⁵

Grundsätzlich sind vier Arten der Preisberechnung zu unterscheiden. Der Preis kann

- unabhängig von Aufwand und Wert der Leistung
(feste Uebernahme)
- abhängig nur vom Aufwand
- abhängig vom Aufwand und vom Erfolg oder Wert der Leistung oder
- abhängig bloss vom Erfolg oder Wert der Leistung sein.

3 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 81.

4 Vgl. HANSEN, S. 136 ff.

5 SCHNEEBERGER, S. 81, weist zu Recht darauf hin, dass oft Computer als Hilfsmittel unentbehrlich sind. Dies wird verständlich, wenn man bedenkt, dass z.B. allein die Spezifikationen zur Entwicklung des F-15 2500 Seiten umfassten. Hon. E.B. STAATS et al., Statement, in Hearings, Competition in Defense Procurement (1969), S. 26; zitiert nach HANSEN, S. 121.

a. Feste Uebernahme

Alle Arten der festen Uebernahme stimmen darin überein, dass die Vergütung unabhängig vom Aufwand und von der Qualität der Leistung des FuE-Nehmers bestimmt oder bestimmbar ist. Gemeinsamer Vorteil aller Festpreise ist, dass sie leicht und zweifelsfrei bestimmt werden können. Die Parteien können die Vergütung ohne (Pauschalpreis) oder mit bestimmten Vorbehalten (Globalpreis) fest vereinbaren, oder sie können auch - falls die FuE-Leistung in gleiche Abschnitte aufzuteilen ist - den Preis für einen solchen Teil vertraglich festlegen (Einheitspreis).

Die Vereinbarung einer festen Vergütung für die Leistungen des FuE-Nehmers ist häufig, wenn dieser nicht einen Erfolg seiner Bemühungen zusichert. Der FuE-Nehmer hat in solchen Fällen keine oder doch nur die üblichen Risiken zu übernehmen.⁶ Ist der FuE-Nehmer dagegen verpflichtet, einen bestimmten Arbeitserfolg zu erzielen, übernimmt er bei fester Uebernahme das Risiko, dass der vereinbarte Preis seine Kosten nicht deckt. Denn eine feste Preisvereinbarung ist grundsätzlich verbindlich.⁷ Angesichts der Schwierigkeit, die Kosten für das erfolgreiche Durchführen eines FuE-Projektes abzuschätzen, sind solche Vereinbarungen eher selten. Der FuE-Nehmer wird in der Regel nur bereit sein, solche Risiken einzugehen, wenn er als Spezialist die mit dem vereinbarten FuE-Vorhaben verbundenen Unsicherheiten gering einschätzt, und ihm ein hoher Gewinn in Aussicht

⁶ Z.B. Teuerungs- und Währungsrisiko.

⁷ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 110.

steht, z.B. in Form von Anschlussaufträgen für die Produktion.⁸

Der Grundsatz der Unabänderlichkeit einer festen Vergütung besteht jedoch nicht ohne Ausnahme. Ist ein FuE-Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren oder enthält er zumindest wesentliche werkvertragliche Elemente, kann der Richter in direkter oder analoger Anwendung des Art. 373 Abs. 2 OR dem FuE-Nehmer eine Preiserhöhung (oder gar eine Vertragsauflösung) zugestehen. Voraussetzung dazu ist, dass unvorhergesehene oder von beiden Beteiligten als ausgeschlossen erachtete Umstände die Erfüllungslast für den FuE-Nehmer übermässig erschweren.⁹

Was den ersten Fall anbelangt, ist zu betonen, dass die sich aus der Natur der FuE ergebenden Schwierigkeiten keine unvor-
aussehbaren sind, vielmehr entspricht es gerade dem Wesen der FuE, dass Unvorhergesehenes eintritt. Grössere Bedeutung hat die Bestimmung, wonach dem FuE-Nehmer eine Preiserhöhung zugestanden werden kann, wenn von beiden Parteien als ausgeschlossen erachtete Umstände dennoch eintreten. Dies ist namentlich der Fall, wenn der FuE-Geber dem FuE-Nehmer sachverständige Angaben macht, die sich im Nachhinein als unzutreffend erweisen.¹⁰ Der FuE-Geber kann diese selber machen, falls er über die entsprechenden Kenntnisse verfügt, oder er kann sie durch einen Dritten, z.B. einen Berater, machen lassen. Die

8 Für Produktionsunternehmen besteht regelmässig ein erhebliches Interesse, die Erzeugnisse, die sich als Folge der im Vertragsverhältnis erarbeiteten Kenntnisse ergeben, selbst und womöglich allein herzustellen. Steht dies in Aussicht, sind solche Unternehmen häufig bereit höhere Risiken einzugehen. Das Eingehen von FuE-Verträgen im Hinblick auf die nachfolgende Produktion wird "buy-in"-Taktik genannt. HANSEN, S. 116.

9 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 152 ff.; GAUTSCHI, Werkvertrag, N. 15 a ff. zu Art. 373 OR.

10 GAUCH, a.a.O., N. 191.

sachverständigen Angaben sind allerdings unbeachtlich, wenn erkennbar ist, dass der FuE-Geber für diese nicht einstehen will, oder der FuE-Nehmer deren Unrichtigkeit erkannte.¹¹

Die feste Uebernahme kann im einzelnen verschieden gestaltet sein, wobei drei Arten auseinanderzuhalten sind.

aa. Pauschalpreis

Ein Pauschalpreis liegt dann vor, wenn sich beide Parteien auf eine zum voraus bestimmte Geldsumme als Vergütung für die Leistungen des FuE-Nehmers einigen. Möglich - und praktisch wohl häufig - ist, dass eine Pauschale bloss für einen Teil der gesamten Leistungen des FuE-Nehmers vereinbart wird, in welchem Fall das nachstehend Erwähnte sinngemäss gilt.

Der Pauschalpreis ist grundsätzlich unabhängig von den Kosten, die dem FuE-Nehmer in Erfüllung seiner Pflicht erwachsen, gleichgültig, ob diese durch die Natur der zu erbringenden Leistung oder durch äussere Umstände bedingt sind. Entsprechend hat der *FuE-Nehmer allein das Risiko kostenwirksamer Veränderungen, Fehlbeurteilungen und Kalkulationsirrtümer*¹² zu tragen. Die pauschale Vergütung ist die für den FuE-Nehmer risikanteste. Normalerweise hat der FuE-Geber in solchen Fällen einen geringen Einfluss auf die Durchführung der FuE-Arbeiten¹³, insbesondere wird ihm im allgemeinen kein Recht eingeräumt,

11 GAUCH, a.a.O., N. 192.

12 Vgl. dazu SCHNEEBERGER, S. 127 ff. Allenfalls kann der Kalkulationsirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechtbar sein. Vgl. BGE 102 II 82 f.

13 Vgl. NEBEL, S. 57.

Aenderungen an den Spezifikationen vorzunehmen.¹⁴

bb. Globalpreis

Vom Pauschalpreis unterscheidet sich der Globalpreis durch den vertraglichen Vorbehalt der Aenderung bestimmter kostenwirksamer Umstände. Praktisch am bedeutsamsten sind Teuerungsausgleichsklauseln.¹⁵ Die Anpassung erfolgt jedoch unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen der vorbehaltenen Aenderung auf den Aufwand des FuE-Nehmers.¹⁶ Wird etwa ein Vorbehalt betreffend Lohnsteigerungen vereinbart, ist z.B. massgebend ein bestimmter Lohnindex, nicht die effektiven Lohnsteigerungen beim FuE-Nehmer. Je nach Inhalt des Vorbehaltes wird das Risiko einer Aenderung der Umstände von beiden Parteien gemeinsam getragen oder es wird dem FuE-Geber allein überbunden. *Ist ein Globalpreis vereinbart, trägt der FuE-Nehmer grundsätzlich das gleiche Risiko wie wenn eine pauschale Preisabrede vorläge mit der Einschränkung der vorbehaltenen Kostenänderungen.*

cc. Einheitspreis

Ein Einheitspreis liegt vor, wenn die FuE-Leistung nach Einheiten bestimmbar ist und für diese ein fester Preis vereinbart wurde. Die verlangte Teilbarkeit der FuE-Leistung ist nur nach

14 Die geringe Flexibilität kann sich auch für den FuE-Geber nachteilig auswirken, etwa wenn aufgrund von wirtschaftlichen und technischen Veränderungen die angestrebten FuE-Ergebnisse an Aktualität verlieren.

15 Unzutreffend GAUCH, Werkvertrag, N. 114, der die Veränderungen kostenwirksamer Umstände auf die Teuerung beschränkt. Ein Globalpreis ist z.B. auch gegeben, wenn der Berater sich für den Fall, dass der FuE-Geber seinen Betrieb verlegt, eine bestimmte höhere Vergütung versprechen lässt.

16 Vgl. BILDA, S. 34-40.

der Zeit möglich.¹⁷ Entsprechend ist die Vergütung nach Einheitspreisen auf die Fälle beschränkt, wo der Umfang der Leistung des FuE-Gebers nach der Zeit bestimmt ist.¹⁸ Die gesamte Vergütung ergibt sich alsdann aus dem Produkt des Einheitspreises (z.B. Fr. pro Tag) und der geleisteten Anzahl Einheiten. Der Einheitspreis muss nicht einheitlich festgelegt sein. Es ist beispielsweise denkbar, dass für eine grössere Anzahl Einheiten ein Abschlag für die zusätzlichen Einheiten gewährt wird. Da in FuE jedoch die Lohnkosten einen bedeutenden Teil der Gesamtkosten ausmachen, ist dies wohl eher selten der Fall.

Im Falle des Einheitspreises trägt der FuE-Nehmer das Risiko, dass seine Kosten pro Einheit nicht den Einheitspreis decken, sowie alle Risiken der Veränderung kostenwirksamer Umstände.

b. Preis nach Aufwand

Die Vergütung des FuE-Nehmers ist traditionell in FuE-Projekt- und FuE-Projektunterstützungsverträgen nach dem Aufwand berechnet worden.¹⁹ Auf diese Weise wurde der Unsicherheit in FuE Rechnung getragen. *Das Risiko bezüglich der Kosten hat in solchen Fällen der FuE-Geber allein zu tragen.*

Ein Vergütungsanspruch besteht - unabhängig von der Aufwands-ermittlung - nur für den Aufwand, der bei sorgfältigem Vorgehen erforderlich ist.²⁰ Den Nachweis, dass nur der

17 Dies gilt spezifisch für FuE-Leistungen. Andere Leistungen können nach andern Kriterien aufgeteilt werden (z.B. nach Stücken, Rauminhalt, Gewicht), vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 119.

18 Eine Vergütung nach Einheitspreis ist häufig bei FuE-Verträgen mit Beratern anzutreffen, etwa wenn dem Berater ein fixer Betrag pro geleisteten Arbeitstag ausbezahlt wird. Der Einheitspreis kann auch an einen Index gebunden werden, z.B. den Lebenshaltungskostenindex.

19 Vgl. HANSEN, S. 137.

20 Vgl. BGE 96 II 61.

erforderliche Aufwand in Rechnung gestellt wurde, hat der FuE-Nehmer zu liefern.²¹

Im Bereich von FuE ist jedoch meist schwierig zu entscheiden, was erforderlicher Aufwand ist. Fehlentscheide, vergebliche Versuche und dergleichen gehören zum Bild der FuE. Der durch sie bewirkte Aufwand ist folglich nicht grundsätzlich als unnötiger Mehraufwand zu betrachten, vielmehr wird im Einzelfall abzuklären sein, welche Fehler als vermeidbar anzusehen sind.²² Jedenfalls sind unkonventionelle Lösungsversuche - auch wenn nicht erfolgreich - nicht eo ipso unsorgfältigem Arbeiten gleichzustellen.

Bei der Ermittlung des Aufwandes können zwei Verfahren unterschieden werden.

aa. Aufwand auf Selbstkostenbasis

Grundlage der Aufwandermittlung können die tatsächlich angefallenen Kosten sein. Deren Ermittlung ist allerdings oft mit Schwierigkeiten verbunden, weil zu den Selbstkosten auch die Gernerallunkosten zu zählen sind, die regelmässig nicht exakt berechnet, sondern bloss geschätzt werden können. Aus diesem Grund legen die Parteien der Selbstkostenberechnung oft ein vertraglich vereinbartes Kalkulationsschema zugrunde.²³ In allen Fällen zwingt die Ermittlung der Selbstkosten zur Offenlegung der Rechnung.²⁴

21 GAUCH, Werkvertrag, N. 145.

22 GAUTSCHI, SJZ 70, S. 22.

23 Vgl. etwa die vorn abgedruckten AGB S. 81 f.

24 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 81.

Selbstkosten enthalten keinen Gewinn. Eine Vergütung bloss der Selbstkosten wird deshalb in der Regel nicht vereinbart, ausgenommen im Falle der FuE-Projektunterstützungsverträge. Ueber die Vergütung des tatsächlichen Aufwandes hinaus können die Parteien einen Gewinnzuschlag vereinbaren. Dieser kann in einer fixen Summe bestehen oder durch einen prozentualen Zuschlag vom Aufwand abhängig gemacht werden.

bb. Aufwand nach Regieansätzen

Die Schwierigkeiten der Ermittlung des tatsächlichen Aufwandes werden reduziert, wenn die Generalunkosten in der Weise berücksichtigt werden, dass die Parteien für die massgebenden Kostenarten (z.B. Personalkosten, Spesen, Kosten für die Benützung der Gerätschaften) Regieansätze²⁵ bestimmen, die nebst dem spezifischen Aufwand einen Zuschlag für allgemeine Kosten beinhalten. Je nach dem Willen der Parteien können die Regieansätze auch einen Gewinn enthalten, oder dieser kann als fester oder prozentualer Zuschlag festgelegt werden. Die Vergütung nach Regieansätzen ist zu unterscheiden von der nach Einheitspreis. Diese ist bestimmt durch Zeit und Einheitspreis, der sämtliche Kosten pro Zeiteinheit zu decken hat. Jene dagegen ist nach Kostenarten aufgeteilt, für die je ein Regieansatz vereinbart wird; die Vergütung ist deshalb abhängig von der Art und dem Umfang der anfallenden Kosten. Der Regieansatz ist zu unterscheiden vom Einheitspreis. Während dieser fest vereinbart wird, richtet sich jener primär nach dem tatsächlichen Aufwand.

²⁵ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 136.

c. Preis nach Aufwand und Erfolg oder Wert der Leistung

Eine Vergütung bloss aufgrund des Aufwandes hat den Nachteil, dass sie regelmässig den FuE-Nehmer nicht anzuspornen vermag. Die Höhe der Vergütung ist - sorgfältiges Arbeiten vorausgesetzt - unabhängig von der Qualität der Leistung. Es wurden deshalb - speziell im Hinblick auf FuE-Verträge - Berechnungsmethoden entwickelt, die sowohl den Aufwand als auch den Erfolg des FuE-Nehmers berücksichtigen.²⁶

Den verschiedenen Berechnungssystemen dieser Art ist *gemeinsam*, dass deren Grundlage die Selbstkosten des FuE-Nehmers sind, wobei auch hier nur das in Anschlag zu bringen ist, was bei sorgfältigem Vorgehen erforderlich gewesen wäre. Präzisierend ist allerdings festzustellen, dass die Sorgfalt hier nicht mit dem gleichen Massstab zu messen ist wie im Falle der Vergütungsermittlung nach Aufwand. Denn der FuE-Nehmer trägt die Kosten eines ineffizienten Vorgehens ganz oder teilweise selber, indem sich in der Regel die Erfolgsprämie entsprechend dem überflüssigen Aufwand verringert. Es ist ein erheblicher Vorteil dieser Art der Preisberechnung, dass die in FuE heikle Abgrenzung zwischen sorgfältigem und unsorgfältigem Arbeiten erleichtert wird, da praktisch nur als unsorgfältig zu betrachten ist, was offensichtlich als solches zu erkennen ist.

Unterschiedlich ist dagegen die Weise, in welcher der Erfolgskomponente der Vergütung Rechnung getragen wird. Gebräuchlich sind vier Arten, die sich auch in der Art der Risikoverteilung unterscheiden. Weitere Modifikationen der hier dargestellten Grundtypen sind möglich und auch anzutreffen.²⁷ Da die vertraglichen Anreizmechanismen in den USA entwickelt worden sind,²⁸

26 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N. 136.

27 Vgl. PACE, S. 406 ff.

28 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 81.

haben diese englische Bezeichnungen, die allgemein gebräuchlich sind und deshalb auch im folgenden verwendet werden.

aa. Fixed price incentive

Bei dieser Art der Vergütungsberechnung ähnelt die Risikoverteilung derjenigen bei Festpreisvergütung. Die Abweichung besteht darin, dass der FuE-Geber in gewissen Grenzen einen Teil des Risikos von Mehrkosten zu tragen hat, andererseits beschränkt von Minderkosten profitiert. Die "Fixed price incentive" - Vergütung ist an die Voraussetzung des Versprechens eines bestimmten Arbeitserfolges geknüpft. Vereinbart werden regelmässig,²⁹

- die erwarteten Kosten (Zielkosten)
- der für den Fall erwartete Gewinn, dass die erwarteten Kosten den tatsächlichen entsprechen (Zielgewinn)
- eine Preisobergrenze als maximaler Vergütungsanspruch
- ein Verteilungsschlüssel, der bestimmt, welche Vertragspartei in welchem Umfang Kostenabweichungen zu tragen hat, bzw. davon profitiert.³⁰

Die gesamte Vergütung setzt sich also aus Kostenerstattung und Gewinn zusammen. Bis zu einem bestimmten Betrag (der Preisobergrenze) erhält der FuE-Nehmer demnach jedenfalls wenigstens seine *Kosten* erstattet. Der *Gewinn* ist variabel und steigt im Falle des Unterschreitens der Zielkosten gemäss dem vereinbarten

²⁹ Vgl. die Beispiele bei HANSEN, S. 183 f.; SCHNEEBERGER, S. 82; NEBEL, S. 58.

³⁰ Die Vergütung ergibt sich aus folgender Formel

$$V = g_e \cdot K_e + t \cdot (K_e - K_t) + K_t \quad ((g_e + t) \cdot K_e \leq V \leq P_o)$$

wobei: V = Vergütung
 g_e = Gewinnrate für die Zielkosten
 K_e = erwartete Kosten
 K_t = tatsächliche Kosten
 t = Teilungsrate
 P_o = Preisobergrenze

Verteilschlüssel an. Falls diese jedoch überschritten werden, reduziert sich der Gewinn im selben Verhältnis und wird Null, wenn die tatsächlichen Kosten die Preisobergrenze erreichen. Ueberschreiten die Kosten gar die Preisobergrenze, resultiert für den FuE-Nehmer ein Verlust. Die "Fixed price incentive" - Vergütung nimmt folglich Festpreischarakter an, sobald ein gewisser Kostenbetrag erreicht ist. Wegen des damit verbundenen erheblichen Risikos des FuE-Nehmers ist eine solche Vergütungsart nur dann empfehlenswert, wenn die zu erwartenden Kosten einigermaßen zuverlässig abgeschätzt werden können.³¹

Vorbehalten bleibt die richterliche Preisanpassung nach Art. 373 OR für den Fall, dass die Kosten durch die maximale Vergütung nicht gedeckt sind. Bei der Bemessung der über die Preisobergrenze durch den Richter zugebilligten Entschädigung ist der von den Parteien vereinbarte Verteilschlüssel zu berücksichtigen.

bb. Cost plus incentive fee

Diese Berechnungsmethode unterscheidet sich von der vorn dargelegten dadurch, dass keine Preisobergrenze festgelegt ist, der FuE-Geber deshalb das Risiko bezüglich der Kosten allein zu tragen hat. Ähnlich wie bei der "Fixed price incentive" - Vergütung variiert dagegen der Gewinn in Abhängigkeit von der Abweichung der erwarteten von den tatsächlichen Kosten. Die geschuldete Vergütung insgesamt setzt sich folglich aus den tatsächlichen Kosten und dem diesen entsprechenden Gewinn zusammen. Zu vereinbaren sind:

- erwartete Kosten
- für diesen Fall angemessener Gewinn
- maximaler Gewinn (nicht erforderlich, aber üblich)

³¹ SCHNEEBERGER, S. 82, nennt als Richtwert eine zulässige Fehlermarge von 10 - 20%.

- minimaler Gewinn
- Verteilschlüssel (Bestimmung des Gewinns innerhalb des vereinbarten Rahmens)³²

Ersichtlich entspricht diese Art der Vergütungsberechnung für den Fall, dass die tatsächlichen Kosten so hoch werden, dass nurmehr der minimale Gewinn geschuldet ist, der Berechnung nach Aufwand mit Gewinnzuschlag. Da der Gewinn ab einem gewissen Punkt konstant bleibt, fällt von diesem an das anspornende Moment weg.

cc. Multiple incentive

Der "Fixed price incentive" - und der "Cost plus incentive fee" - Formel ist gemeinsam, dass sie als unabhängige Variable bloss die tatsächlichen Kosten enthalten. Nun kann es sich jedoch als zweckmässig erweisen, die Höhe der Vergütung zusätzlich von der Projektdauer und den erreichten technischen Daten abhängig zu machen. Die Berechnungsformel wird entsprechend um die zusätzlich zu berücksichtigenden Elemente erweitert.³³ Solche mehrdimensionalen Vergütungssysteme können unabhängig von der Verpflichtung des FuE-Nehmers zu einem Arbeitserfolg vereinbart werden.

Ist *kein* Arbeitserfolg vereinbart, begründet das Erreichen bestimmter Anforderungen einen Anspruch auf die entsprechende Ver-

³² Folgende Formel dient zur Berechnung

$$V = g_e \cdot K_e + t \cdot (K_e - K_t) + K_t$$
$$(g_{\min} \leq g_e \cdot K_e + t \cdot (K_e - K_t) \leq g_{\max})$$

wobei: $g_{\min}$ = minimaler Gewinn
 $g_{\max}$ = maximaler Gewinn
zum übrigen vgl. N. 24.

³³ Vgl. dazu ausführlich PACE, S. 237 ff.

gütung. Der FuE-Nehmer ist jedoch nicht verpflichtet, irgendwelche bestimmten Anforderungen zu erfüllen. Verspricht der FuE-Nehmer dagegen einen bestimmten *Erfolg* seiner Bemühungen, z.B. das Erreichen bestimmter technischer Daten, so ist er verpflichtet, diese zu erfüllen, gleichzeitig aber auch berechtigt, gegen entsprechende Mehrvergütung eine bessere als bloss die minimale Leistung zu erbringen. Zu beachten ist, dass der FuE-Nehmer in einem solchen Fall verpflichtet ist, eine Leistung zu erbringen, die allen minimalen Anforderungen genügt. Die Besserleistung in einem Fall enthebt ihn nicht der Pflicht, alle diese zu erfüllen.³⁴

dd. Cost plus award fee

Die sinnvolle Anwendung der bisher erwähnten Berechnungsmethoden setzt eine mehr oder weniger genaue Schätzung der Zielgrössen voraus, da, wie gezeigt, ausserhalb eines bestimmten Rahmens kein Leistungsansporn mehr bewirkt wird. Dieses Unterfangen wird bei FuE-Verträgen oft misslingen, da die Erfahrung lehrt, dass die tatsächlichen Ergebnisse oft um ein Mehrfaches von den geschätzten abweichen (vorn S. 17). Dessen eingedenk begann man damit, die Vergütung einerseits auf die tatsächlichen Kosten - inklusive einen minimalen Gewinn - und andererseits auch auf den Wert der Arbeit abzustützen.

Der FuE-Geber verpflichtet sich, dem FuE-Nehmer dessen Selbstkosten zu erstatten und diesem unabhängig von der Qualität der geleisteten Arbeit einen (meist bescheidenen) Gewinn zuzugestehen. Darüberhinaus einigen sich die Parteien, die Arbeit des FuE-Nehmers von einer neutralen Stelle beurteilen zu lassen und dieser das Recht einzuräumen, den FuE-Nehmer je nach dem Wert

34 Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, N. 489.

seiner Arbeit³⁵ bis zu einem gewissen Betrag eine höhere Vergütung zuzusprechen. Ersichtlich ist dies eine Ermessensfrage, da keine präzisen Kriterien für die Bestimmung des Wertes einer FuE-Leistung gegeben sind.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Parteien den Entscheid der neutralen Stelle bedingungslos zu akzeptieren haben. Dies ist zu verneinen. Falls offensichtlich unrichtig³⁶ oder unbillig³⁷ entschieden wird, ist die benachteiligte Partei berechtigt, entweder die unberechtigte zusätzliche Vergütung zu verweigern oder die unberechtigterweise nicht gewährte zusätzliche Vergütung doch zu fordern.

d. Preis nach Erfolg oder Wert der Leistung

Schliesslich können die Parteien die Vergütung auch bloss nach dem Erfolg oder dem Wert der Leistung bemessen. Die Festsetzung des Preises nach dem Erfolg (Erfolgsbeteiligung) setzt eine Bezugsgrösse voraus, an der dieser objektiv gemessen werden kann. Nicht erforderlich ist, dass sich der FuE-Nehmer zu einem Arbeitserfolg verpflichtet hat, denn der Berechnungsgrundlage bildende Erfolg ist von jenem zu unterscheiden. Arbeitserfolg ist ein bestimmtes Arbeitsergebnis, während als "Erfolg" dessen wirtschaftliche Auswirkungen bezeichnet werden. Eine Erfolgsbeteiligung, die im hier verstandenen Sinn eine ausschliesslich vom Erfolg abhängige Vergütung ist, ist etwa die Verpflichtung des FuE-Gebers, dem FuE-Nehmer einen bestimmten Prozentsatz aus seinem Verwertungserlös zu bezahlen; erzielt er keinen, ist

35 Unzutreffend deshalb GAUCH, Werkvertrag, N. 130, dass "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen" (Art. 374 OR) bloss: "nach Aufwand" bedeutet. Denn Aufwand und Wert lassen sich sehr wohl trennen, sind aber beide zu berücksichtigen.

36 Vgl. NJW 1965, S. 150; BB 1963, S. 281.

37 Vgl. WM 1969, S. 62.

auch keine Vergütung geschuldet.

Die Vergütung kann auch nur nach dem Wert der Leistung des FuE-Nehmers bemessen sein, wenn kein Erfolg feststellbar ist, z.B. falls wirtschaftlich nicht verwertbare Kenntnisse Ergebnis der FuE-Tätigkeit sind. Die Bestimmung der Vergütung ist in einem solchen Fall ähnlich schwierig wie beim Werk oder den Darbietungen eines Künstlers.

B. Vergütung im Falle des Fehlens einer diesbezüglichen Vereinbarung.

Haben sich die Partner über die Art der Vergütung nicht ausgesprochen, stellt sich die Frage, ob eine solche geschuldet ist und nach welcher Methode sie zu berechnen ist.

Für die Entgeltlichkeit der Leistung spricht eine tatsächliche Vermutung, weshalb der FuE-Geber den Beweis zu liefern hat, falls er diese bestreitet.³⁸ Denn vertragliche FuE-Leistungen werden in aller Regel nur gegen Entgelt erbracht.

Ueber die Höhe der Vergütung bestimmt Art. 374 OR für den Fall des Werkvertrags, dass diese "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen" zu bestimmen ist. Im Auftragsrecht fehlt eine entsprechende Norm, doch soll nach übereinstimmender Rechtsprechung und Lehre die Vergütung den geleisteten Diensten entsprechen, ihnen objektiv angemessen sein.³⁹ In beiden Fällen ist demnach auf die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall abzustellen und sind die gleichen Kriterien massgebend. Deren Gewichtung kann dagegen unterschiedlich sein; so ist bei der Berücksichtigung des Risikos wesentlich, ob der FuE-Nehmer einen

38 Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, N. 138.

39 BGE 101 II 111; GUHL / MERZ / KUMMER, S. 431; GAUTSCHI, Auftrag, N. 75 zu Art. 394 OR.

Erfolg seiner Arbeiten zugesichert hat. In allen Fällen, wo sich ein FuE-Vertrag nicht einem dieser beiden Vertragstypen zuordnen lässt, wird die Vergütung analog zu bemessen sein.

Allgemein bleibt das Bestehen einer Verkehrssitte vorbehalten,⁴⁰ doch ist eine solche nur beachtlich, wenn sie beiden Parteien bekannt ist oder bekannt sein muss.⁴¹ Soweit ersichtlich scheint eine solche im Bereich der FuE allerdings noch nicht zu bestehen.

II. NEBENPFLICHTEN DES FUE - GEBERS

Wie die Nebenpflichten des FuE-Nehmers lassen sich auch die Nebenpflichten des FuE-Gebers nicht abschliessend aufzählen. Die nachstehend erwähnten gehören jedoch zu den häufigsten.

A. Vertragliche Nebenpflichten

a. Mitwirkungspflichten

Der FuE-Geber kann verpflichtet sein, selber aktiv an den FuE-Arbeiten teilzunehmen. Es können ihm z.B. bestimmte Fragen zur selbständigen Bearbeitung übertragen sein, oder er kann auch generell verpflichtet sein, die Tätigkeit des FuE-Nehmers zu unterstützen. Diese Mitwirkungspflichten sind echte Pflichten, nicht bloss Obliegenheiten,⁴² und geben deshalb dem FuE-Nehmer

40 Vgl. BGE 83 II 522; 86 II 257.

41 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 431.

42 Obliegenheiten treffen den Gläubiger, Pflichten den Schuldner. "Pflichtverletzungen machen zum Schuldner oder legen diesem neue zusätzliche Pflichten (zumeist zur Ersatzleistung) auf, Obliegenheitsverletzungen verhindern demgegenüber, dass jemand zum Gläubiger wird oder mindern an sich bestehende Rechte des Gläubigers." ESSER / SCHMIDT, S. 43. Vgl. auch Münch Komm, N. 12 zu § 293 BGB. Die Obliegenheiten betreffen im Gegensatz zu den Pflichten keine einen ändern begünstigende Verbindlichkeit, sondern erschweren bloss die Gläubigerstellung.

einen klagbaren Anspruch. Denn hat dieser beispielsweise aufgrund der vereinbarten Mithilfe des FuE-Gebers einen Arbeitserfolg zu einem Pauschalpreis versprochen, ist sein Interesse an der Erfüllung der Mitwirkungspflichten erheblich. Der FuE-Geber gerät hier nicht etwa in Gläubigerverzug (Art. 91 ff. OR),⁴³ weil er den FuE-Nehmer nicht an der Erfüllung hindert,⁴⁴ sondern durch sein Nichtleisten die Leistungsrelation stört. Das Nichterfüllen solcher Mitwirkungspflichten ist eine Vertragsverletzung und demnach nach Art. 97 ff. OR zu beurteilen.

Im einzelnen kann es allerdings schwierig sein, die Mitwirkungspflichten von den Obliegenheiten abzugrenzen. Es können im selben Vertrag auch beide nebeneinander stehen. Z.B. kann dem FuE-Geber obliegen, die Spezifikationen des Entwicklungsobjektes zu bestimmen, ohne die der FuE-Nehmer mit seiner Tätigkeit nicht beginnen kann (Vorbereitungsverhandlungen). Und daneben kann er verpflichtet sein, Teilfragen aus seinem Spezialgebiet selbst zu lösen (klagbare Pflicht).

Je nach Art der Pflicht kann es sich um eine auftragsähnliche oder eine werkvertragsähnliche handeln.

b. Zurverfügungstellen von Hilfskräften

Ist der FuE-Nehmer eine Einzelperson oder verfügt er jedenfalls nicht über die nötigen Hilfskräfte, kann es zweckmässig sein, wenn ihm diese der FuE-Geber zur Verfügung stellt. Als Hilfskräfte gelten solche, die sich nicht mit der eigentlichen FuE-Tätigkeit befassen, wie etwa Sekretärinnen, Zeichner, Handwerker. Deren Aufgabe kann es etwa sein, dem vom FuE-Nehmer geschaffenen Immaterialgut körperliche Gestalt zu verleihen. Die Pflicht, Hilfskräfte zur Verfügung zu stellen ist ein Innominatenelement, das als eine Kombination von miet- und arbeitsrechtlichen Elementen angesehen wird.⁴⁵

43 Zum Gläubigerverzug infolge Verweigerung der Mitwirkung vgl. GAUCH / SCHLUEP / JÄGGI, N. 1221 ff; ENGEL, S. 446 f.; VON THUR / SIEGWART, S. 510 f.; ERMAN / BATTES, N. 3 und N. 18 zu Vor § 293 BGB.

44 Vgl. BGE 96 II 51.

45 R. VON BUEREN, S. 66

c. Zurverfügungstellen von Arbeitsplätzen

Findet zwischen FuE-Geber und FuE-Nehmer ein reger Informationsaustausch statt, oder arbeiten beide eng zusammen, kann es sich als zweckmässig erweisen, dem FuE-Nehmer einen festen Arbeitsplatz im Unternehmen des FuE-Gebers zur Verfügung zu stellen. Am häufigsten sind solche Vereinbarungen in FuE-Verträgen mit Beratern anzutreffen. Verletzt der FuE-Geber eine solche von ihm übernommene Pflicht, gerät er anders als der Arbeitgeber nicht in Gläubigerverzug (Art. 324 OR), sondern es handelt sich um eine Schlechterfüllung im Sinne des Art. 97 OR. Denn der FuE-Nehmer wird an der Erbringung seiner Leistung nicht gehindert, er könnte sich z.B. anderswo einen Büroraum mieten, doch wird seine Leistungserbringung erschwert, was er sich nicht gefallen lassen muss.

Das Ueberlassen von Arbeitsplätzen ist ein Element der Gebrauchsleihe. Wird - was wohl selten ist - dem FuE-Nehmer dafür eine Entschädigung verlangt, handelt es sich um Miete.

d. Zurverfügungstellen von Gerätschaften

Der FuE-Geber verfügt möglicherweise über Apparate und Instrumente, die für die Tätigkeit des FuE-Nehmers erforderlich oder zumindest nützlich sind, und über die dieser nicht verfügt. Damit der FuE-Nehmer dieselben Geräte nicht auch anschaffen muss, kann sich der FuE-Geber verpflichten, diese dem FuE-Nehmer - entgeltlich oder unentgeltlich - zur Verfügung zu stellen. Im ersten Fall handelt es sich um ein mietrechtliches Element, im zweiten um ein solches der Gebrauchsleihe. Der Unterschied liegt hauptsächlich im zulässigen Gebrauchsumfang, der bei der Miete grösser ist, und auch darin, dass im Fall der Miete der FuE-Geber verpflichtet ist, die vermietete Sache in zum Gebrauch geeignetem Zustand zu übergeben und zu erhalten (Art. 254 OR).

B. Aus Treu und Glauben sich ergebende Nebenpflichten

Solche Nebenpflichten treffen den FuE-Geber naturgemäss weniger als den FuE-Nehmer. Welche Pflichten im einzelnen bestehen, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände feststellen. Grundsätzlich bewirkt das Vorliegen eines gesellschaftsähnlichen Vertrages eine erhöhte Treuepflicht.⁴⁶ In solchen Fällen ist der FuE-Geber auch nicht mehr allein an den Ergebnissen interessiert und er hat demzufolge auf die Belange des FuE-Nehmers diesbezüglich Rücksicht zu nehmen.

Wesentliche Pflichten, die sich aus Treu und Glauben ergeben können, sind diejenigen zur Geheimhaltung und zur Unterlassung von Konkurrenzhandlungen (ausführlich hinten S. 215 ff.).

Daneben ergibt sich aus Treu und Glauben für den FuE-Geber allgemein die Pflicht, alle Informationen, die für den Fortgang der Arbeiten wesentlich sind, dem FuE-Nehmer mitzuteilen. In der Regel unternimmt dies der FuE-Geber im eigenen Interesse, doch er ist auch dann dazu verpflichtet, wenn ihm der Aufwand des FuE-Nehmers gleichgültig sein kann. Es handelt sich allerdings nur um die Pflicht, Informationen weiterzugeben, nicht auch darum, sich um diese zu bemühen.

Insbesondere hat der FuE-Geber sofort bekanntzugeben, wenn er von seiten Dritter das Vorhandensein gleicher und - wohl auch - ähnlicher FuE-Ergebnisse erfährt. Und ebenso hat er mitzuteilen, wenn er auf die Unmöglichkeit der angestrebten Ziele aufmerksam gemacht wird. Dies muss nicht unmittelbar den Abbruch der FuE-Arbeiten zur Folge haben. Es kann möglicherweise versucht werden, ob nicht doch eine Lösung zu finden ist; dem FuE-Nehmer soll jedoch zur Kenntnis gebracht werden, dass massgebende Stellen die Realisierbarkeit des vereinbarten FuE-Vorhabens verneinen.

46 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 344.

FÜNFTER ABSCHNITT: BEENDIGUNG UND NACHVERTRAGLICHE PFLICHTEN

§ 9 BEENDIGUNG

Im folgenden werden mögliche (die hauptsächlichen) Beendigungsgründe¹ für FuE-Verträge angeführt. Es ist allerdings nur von den speziellen Beendigungsgründen die Rede, nicht von den im allgemeinen Teil des OR erwähnten, wobei sich diese mit jenen teilweise überschneiden können.²

Die Beendigungsgründe lassen sich nach verschiedenen Kriterien einteilen,³ so vor allem in ordentliche und ausserordentliche.

I. ORDENTLICHE BEENDIGUNGSGRÜNDE

"Die ordentlichen Beendigungsgründe führen zu einem Vertragsende, wie es von den Parteien oder vom Gesetz für den störungsfreien Vertragsablauf vorgesehen ist."⁴

Wichtigster ordentlicher Beendigungsgrund ist die Erfüllung. Daneben bestehen jedoch noch weitere ordentliche Beendigungsgründe, die sich aus Gesetz oder Vertrag ergeben können.

A. Gesetzliche ordentliche Beendigungsgründe

Nebst der Erfüllung ist gesetzlicher ordentlicher Beendigungsgrund immer eine Kündigung.⁵ Von den gesetzlichen Vertragstypen,

1 Zum Begriff "Beendigungsgrund" vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 25 ff.

2 GAUCH, a.a.O., S. 174.

3 GAUCH, a.a.O., S. 26 f.

4 GAUCH, a.a.O., S. 61.

5 Vgl. GAUCH, a.a.O., S. 61.

denen sich FuE-Verträge zuordnen lassen, sind nur der *Auftrag* und die *einfache Gesellschaft* gesetzlich ordentlich kündbar.

Der Auftrag ist nach Art. 404 OR - gemäss der hier vertretenen Auffassung dispositiv, nach der herrschenden Meinung⁶ zwingend - beidseitig jederzeit widerrufbar, mit der Einschränkung, dass eine Schadenersatzpflicht entsteht, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgt.⁷

Die einfache Gesellschaft (FuE-Partnerschaft) ist unter der Voraussetzung kündbar, dass sie "auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist" (Art. 545 I Ziff. 6 OR). Da das Gesetz für die meisten Dauerverträge, die auf unbestimmte Zeit vereinbart werden, eine ordentliche Kündigung vorsieht,⁸ ist zu prüfen, ob auch FuE-Dauerverträge ordentlich kündbar sind. Da nach herrschender Meinung⁹ Verträge auf unbeschränkte Dauer nicht gültig vereinbart werden können, sind auch unbeschränkt dauernde FuE-Verträge gesetzlich ordentlich kündbar. Da solche FuE-Verträge meist gesellschaftsähnliche Züge haben, erscheint es angemessen, die Regelung der Kündigungsfristen und -termine, die für die einfache Gesellschaft gilt, analog heranzuziehen, wobei anstelle der jährlichen Rechnungsabschlüsse jährliche Abrechnungen treten.

B. Vertragliche ordentliche Beendigungsgründe

Da ordentliche Beendigungsgründe nur solche sind, die zu einem störungsfreien Vertragsablauf führen, sind sie nur da möglich, wo "störungsfreier Vertragsablauf" nicht nur Erfüllung sein kann, also nicht im Falle, dass der FuE-Nehmer sich zu

6 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 436.

7 Vgl. SJZ, 62 1966, S. 362 f.; Semjud 1964, S. 33.

8 Nebst den oben im Text erwähnten für die Miete (Art. 267 OR), die Pacht (Art. 290 OR), den Dienstvertrag (Art. 347 OR) und den Agenturvertrag (Art. 418a)

9 Vgl. BGE 95 II 300, 56 II 191, MERZ N. 246 zu Art. 2 ZGB.

einem Arbeitserfolg verpflichtet hat. Im übrigen können die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit die ordentliche Beendigung mittelbar oder unmittelbar von irgendeinem Sachverhalt abhängig machen.¹⁰ Anzutreffen in FuE-Verträgen ist beispielsweise die Vereinbarung einer Frist oder eines Zeitpunktes, mit deren Ablauf bzw. dessen Eintreten der Vertrag dahinfällt, oder auch die Abrede, dass dem FuE-Geber ein Kündigungsrecht zusteht für den Fall, dass der von ihm geschuldete Betrag eine bestimmte Höhe erreicht hat.

II. AUSSERORDENTLICHE BEENDIGUNGSGRÜNDE

Ausserordentliche Beendigungsgründe sind solche, die aufgrund einer Veränderung massgebender Umstände oder eines Verhaltens einer Partei entstehen, die den normalen Vertragsablauf stören und zu einem vorzeitigen Vertragsende führen. Wiederum lassen sich gesetzliche und vertragliche ausserordentliche Beendigungsgründe auseinanderhalten.

A. Gesetzliche ausserordentliche Beendigungsgründe

a. Aufgrund besonderer veränderter Umstände

Für die in Frage kommenden Vertragstypen sind im Gesetz verschiedene besondere Verhältnisänderungen erwähnt, die zur ausserordentlichen Vertragsbeendigung führen können. Die im folgenden angeführten ausserordentlichen Beendigungsgründe können analog zur Auflösung atypischer FuE-Verträge führen, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob der Vertrag mit Eintritt des Beendigungsgrundes ipso iure dahinfällt oder ob dieser bloss ein Beendigungsrecht¹¹ begründet. Möglich ist schliesslich auch

¹⁰ Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 61.

¹¹ Das Beendigungsrecht ist im allgemeinen ein Gestaltungsrecht, d.h. das Vertragsende ist unmittelbar eine Folge des - zurecht - ausgeübten Gestaltungsrechts. Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 28.

bloss die Begründung eines auf Auflösung gerichteten Gestaltungs-klagerechts.¹²

aa. Der Tod einer Partei

Im Gesetz ist für alle Vertragstypen, denen ein FuE-Vertrag zugeordnet werden kann, der Tod als möglicher ausserordentlicher Beendigungsgrund vorgesehen, nämlich für die Schenkung (Art. 252 OR), den Werkvertrag (Art. 379 OR), den Auftrag (Art. 405) und die einfache Gesellschaft (Art. 545 I Ziff. 2 OR). Für die Folgen des Todes des Schenkers und des Gesellschafters enthält das Gesetz klare Bestimmungen. Im Fall des Todes des Unternehmers im Werkvertrag und des Auftraggebers und des Beauftragten bedarf es möglicherweise eines wertenden Entscheides, ob der Vertrag demzufolge zu Ende geht. Da FuE-Verträge in aller Regel wegen der persönlichen Eigenschaften des FuE-Nehmers abgeschlossen werden, ist dessen Tod wohl meist Beendigungsgrund. Dagegen wird dies im Falle des FuE-Gebers seltener zutreffen, da dessen Erben ein erhebliches Interesse daran haben können, dass der FuE-Nehmer die (sonst wertlosen) Arbeiten zu Ende führt.

bb. Handlungsunfähigkeit einer Partei

Handlungsunfähigkeit einer Partei ist Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft¹³ und kann einer sein im Falle des Auftrags. In welchen - wohl seltenen - Fällen dies zutrifft, kann allgemein nicht gesagt werden.

12 Das ausgeübte Gestaltungs-klagerecht beendet einen Vertrag bloss mittelbar durch Erhebung einer Klage. Unmittelbarer Beendigungsgrund ist erst das der Klage entsprechende richterliche Urteil. So ist z.B. in Art. 545 I Ziff. 7 festgelegt, dass die einfache Gesellschaft aus wichtigem Grund durch Urteil des Richters aufgelöst wird. Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 28.

13 "Bevormundet" in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR ist richtiger Ansicht zufolge als "entmündigt" zu verstehen. GAUCH, a.a.O., S. 88 ff.

cc. Konkurs einer Partei

Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung hebt der Konkurs des Schenkers das Schenkungsversprechen auf (Art. 250 II OR) und ebenso wird im Falle des Konkurses eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst (Art. 545 I Ziff. 3 OR). Der Konkurs einer Partei kann auch das Auftragsverhältnis beenden, was im Falle des FuE-Gebers regelmässig anzunehmen ist, nicht aber im Fall des FuE-Nehmers.

dd. Zwangsverwertung und fruchtlose Pfändung

Die einfache Gesellschaft fällt überdies dahin, wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Versteigerung gelangt (Art. 545 I Ziff. 3 OR). Ebenso fällt das Schenkungsversprechen des Schenkers dahin, falls dieser fruchtlos gepfändet worden ist (Art. 250 II OR).

ee. Besondere Beendigungsgründe im Fall der Schenkung

Ueber die bereits erwähnten Beendigungsgründe hinaus bestehen im Fall der Schenkung noch weitere (Art. 250 I Ziff. 2 und 3 OR), die der Unentgeltlichkeit der Schenkung Rechnung tragen.

ff. Uebermässig erschwerte Leistung

Im Fall des FuE-Vertrages als Werkvertrag kann der Richter unter bestimmten Voraussetzungen den Vertrag auflösen, falls besondere Umstände die Leistung des FuE-Nehmers übermässig erschweren (Art. 373 II OR).¹⁴

B. Aufgrund des Verhaltens einer Partei

Spezielle gesetzliche ausserordentliche Beendigungsgründe aufgrund des (auch berechtigten) Verhaltens einer Partei sind nicht

¹⁴ Vgl. vorn S. 189.

sehr zahlreich, da dieses meist die ausserordentliche Beendigung aufgrund allgemeiner Bestimmungen (z.B. Art. 83, 95, 107, 119 OR) begründet. Immerhin sind folgende im Gesetz erwähnt.

aa. Undank des Beschenkten

Zeigt sich der Beschenkte dem Schenker gegenüber krass undankbar, kann dieser kraft gesetzlicher Vorschrift den Schenkungsvertrag kündigen (Art. 249 OR). Für FuE-Verträge hat wohl hauptsächlich Art. 249 Ziff. 3 OR Bedeutung, wonach die Nichterfüllung der Auflage ausserordentlicher Beendigungsgrund ist.

bb. Rücktritt des Bestellers

Ausserordentlicher Beendigungsgrund ist auch der Rücktritt des Bestellers im Werkvertrag (Art. 377 OR), da auf diese Weise der normale Vertragsablauf, nämlich durch Erfüllung, gestört ist. Der Besteller hat die (berechtigte) Vertragsstörung zu vertreten und deshalb dem Unternehmer dessen Schaden zu vergüten. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ist wohl auf solche werkvertragsähnliche FuE-Verträge beschränkt, die eine ausschliessliche Berechtigung des FuE-Gebers an den Ergebnissen beinhalten, weil der FuE-Nehmer sonst nicht nur wegen seiner Vergütung ein Interesse am normalen Vertragsablauf haben kann.

C. Sonderfall "Wichtiger Grund"

Von den Vertragstypenrechten, die hier in Frage stehen, sieht lediglich dasjenige der einfachen Gesellschaft die Vertragsbeendigung aus "wichtigem Grund" vor. Das Vorhandensein eines solchen Grundes bewirkt nicht unmittelbar die Beendigung des Vertrags. Die Kündigung der einfachen Gesellschaft ist ein Gestaltungs-¹⁵klagerecht, unmittelbarer Beendigungsgrund ist das richterliche Urteil.¹⁶

¹⁵ GAUCH, Dauerverträge, S. 28.

¹⁶ Vgl. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, S. 202.

"Wichtige Gründe" können sowohl im Verhalten einer Partei als auch in Verhältnisänderungen liegen.¹⁷ "Wichtig" sind sie dann, wenn das Interesse an der Aufhebung des Vertrages alle entgegenstehenden überwiegt.¹⁸

Es liegt gerade im Wesen des Begriffs "wichtiger Grund", dass im allgemeinen nicht konkret gesagt werden kann, was als solcher zu gelten hat. Immerhin lässt sich feststellen, dass ein "wichtiger Grund" das öffentliche Bekanntwerden der angestrebten FuE-Ergebnisse ist, z.B. durch Veröffentlichung einer entsprechenden Patentschrift. Meist liegen jedoch die Verhältnisse nicht so klar zu Tage, weil zwei FuE-Objekte selten genau übereinstimmen. Es wird deshalb im Einzelfall zu prüfen sein, ob den Vertragsgegenstand bildenden FuE-Arbeiten noch ein eigener Wert zukommt und ein Weiterführen der Arbeiten als sinnvoll erscheint. Ist wesentlicher Vertragszweck einer FuE-Partnerschaft auch die Verwertung von FuE-Ergebnissen, ist im Falle eines entgegenstehenden Patentes, das deren Verwertung verhindert, ist die FuE-Partnerschaft nicht aus "wichtigem Grund", sondern wegen unmöglichen Vertragszwecks aufzulösen.

Der "wichtige Grund" ist auch als Beendigungsgrund der meisten Dauerverträge anerkannt.¹⁹ Soweit sich FuE-Verträge als solche qualifizieren, sind sie aus "wichtigem Grund" kündbar. Anders als im Fall der einfachen Gesellschaft handelt es sich jedoch hier nicht um ein Gestaltungs~~klag~~erecht, sondern um ein

17 Die Beendigung eines Vertrages aus "wichtigem Grund" kann sich deshalb mit der wegen anderer ausserordentlicher Beendigungsgründe überschneiden. Vgl. dazu GAUCH, Dauerverträge, S. 195 f.

18 Vgl. zum "wichtigen Grund", allgemein H. ROGGWILLER, Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR; und speziell A. SAXER, Die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund (Diss. Basel 1961).

19 Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 173 ff.

Gestaltungsrecht. Die kündigungswillige Partei braucht zur Vertragsauflösung nicht den Richter anzurufen. Wird der "wichtige Grund" erfolglos bestritten, wirkt das richterliche Urteil demnach nur deklarativ.²⁰

B. Vertragliche ausserordentliche Beendigungsgründe

a. Im allgemeinen

Die Parteien können über die im Gesetz erwähnten ausserordentlichen Beendigungsgründe hinaus ein Beendigungsrecht oder auch unmittelbar die Vertragsauflösung vereinbaren für den Fall, dass sich bestimmte Umstände verändern oder das Verhalten einer Partei in bestimmter Hinsicht den Erwartungen nicht entspricht. So kann sich der Berater ein Kündigungsrecht ausbedingen für den Fall, dass er den Wohnort wechselt. Oder dem FuE-Geber kann ein solches eingeräumt werden für den Fall, dass ein behördliches Verbot die vorgesehene Anwendung der FuE-Ergebnisse verunmöglicht. Oder die Parteien können sich einigen, dass der Vertrag dahinfalle, falls nicht binnen einer gewissen Frist bestimmte Ergebnisse erreicht werden. Der Vorteil einer solchen Vereinbarung, die Bezeichnung bestimmter Kriterien, enthält gerade auch den Nachteil; sie ist nicht elastisch, Unvorhergesehenes wird nicht berücksichtigt.

Die Parteien können jedoch auch einen allgemeinen ausserordentlichen Beendigungsgrund vereinbaren.

b. "Wichtiger Grund"

In allen FuE-Verträgen kann die Vertragsbeendigung aus "wichtigem Grund" stipuliert werden. Im Falle der dauernden FuE-Verträge

²⁰ Vgl. BGE 74 II 172.

ist eine solche Vereinbarung ohne materiellen Gehalt, da sich die Möglichkeit der Vertragsauflösung aus "wichtigem Grund" schon aus deren Natur ergibt.

In allen andern Fällen ist eine solche Vereinbarung jedoch von Bedeutung, insbesondere auch im Fall der einfachen Gesellschaft. Denn anders als die gesetzlich geregelte Auflösung aus "wichtigem Grund" kann eine Kündigung, also ein Gestaltungsrecht, aus "wichtigem Grund" vereinbart werden.²¹ Die Vertragsauflösung ist somit unmittelbare Folge des Kündigungsrechts. Die kündigende Partei bleibt nicht wie im Falle der gesetzlichen Regelung solange verpflichtet, bis der Richter die Gesellschaft durch Urteil auflöst.

21 Vgl. GUHL / MERZ / KUMMER, S. 533.

§ 10 NACHVERTRAGLICHE PFLICHTEN

Werden FuE-Verträge zu kommerziellen Zwecken abgeschlossen, erlangen die nachvertraglichen Pflichten¹ regelmässig grösste Bedeutung. Nachvertragliche Pflichten sind Pflichten aus Vertrag, deren Verletzung entsprechend eine Vertragsverletzung. Im Zentrum stehen bei FuE-Verträgen die Fragen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Verwertung solcher FuE-Ergebnisse, die nicht patentfähig sind, oder die die Parteien nicht zum Patent anmelden wollen. Schwierigkeiten können allerdings auch entstehen im Zusammenhang mit geschützten Immaterialgütern, auf die hier jedoch nicht eingegangen, sondern zu deren Lösung auf die Spezialliteratur verwiesen wird.²

Behandelt wird im folgenden die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht sowie die Pflicht, Konkurrenzhandlungen zu unterlassen. Da sich in der Praxis zeigt, dass der vertragliche Geheimnisschutz nicht in allen Fällen ausreicht, wird schliesslich noch kurz auf die ausservertraglichen Schutznormen eingegangen.

I. GEHEIMHALTUNGSPFLICHT

A. Bedeutung

Zweck der FuE-Anstrengungen im kommerziellen Bereich ist nicht die Vermehrung des Wissens um seinetwillen, sondern der daraus fliessende wirtschaftliche Nutzen. FuE-Ergebnisse sind bloss Mittel zum Erringen eines Wettbewerbsvorteils. Der FuE-Vertrag hat in solchen Fällen allgemein die Funktion, der an den FuE-

1 Zum Begriff der nachvertraglichen Pflichten vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 304 f.

2 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 257 ff.; TROLLER II, S. 757 ff.

Ergebnissen berechtigten Partei einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.³ Im allgemeinen sind Informationen nur dann wettbewerbswirksam, wenn sie der Konkurrenz *nicht bekannt* sind, *erst später bekannt* werden oder *nicht verwertet* werden dürfen.

Schutz vor Verwertung bieten die gewerblichen Sonderrechte, insbesondere das Patentrecht. Das Patent ist jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die nicht in allen Fällen erfüllt sind, wo ein Interesse an der Nichtverwertung der Erkenntnisse durch Mitbewerber besteht. Abgesehen davon ist die Tendenz erkennbar, selbst dann auf ein Patent zu verzichten, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben wären.⁴ Dies ist vor allem eine Folge der für den Patenterwerb notwendigen Offenbarungspflicht.⁵ Den Mitbewerbern kommen dadurch Informationen zu, die diese wohl nicht in der dargestellten Art verwerten dürfen, die aber die Umgehung erleichtern und die auch oft Anstöße für eine weitergehende Verbesserung vermitteln.⁶

Dem gegenüber gewährt die Geheimhaltung einen umfassenden - wenn auch zunächst nur faktischen - Schutz, der teilweise auch neben oder zusammen mit einem Patent- oder Urheberrechtsschutz bestehen kann.⁷ Geheimnisse, insbesondere Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, gewähren jedoch nicht allein faktischen Schutz, sie erzeugen auch eine rechtliche Wirkung. Von den bei FuE-Verträgen speziell zu beachtenden Aspekten der Geheimhaltung soll im folgenden die Rede sein.

3 DRUEY, S. 125 f., stellt fest, dass ein Unternehmen generell aus dem Wissen einen Vorteil erlangen können soll, ansonsten der Antrieb für eine auf Wissenserwerb ausgerichtete Tätigkeit fehle. Vgl. auch SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, S. 167.

4 Gl. M. MAASS, S. 101, und STUMPF, S. 23 f., der das Verhältnis der Patente zum Know-How beleuchtet.

5 Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 17 Anm. 1.

6 MAASS, S. 101.

7 VON BUEREN, UWG, S. 155.

B. Geheimnis im Rechtssinn

a. Im allgemeinen

Generell ist ein Geheimnis eine Tatsache, die nach bekundetem oder erkennbarem Willen nur einem beschränkten Personenkreis bekannt bleiben soll. Ein Geheimnis besteht demnach aus zwei konstitutiven Elementen:

einer *relativen Unbekanntheit* und einem *Geheimhaltungswillen*.⁸

Faktisch genügen diese zwei Voraussetzungen zur Entstehung eines Geheimnisses. Rechtliche Bedeutung erlangt dieses jedoch erst, wenn ein objektiv anerkanntes Interesse an der Geheimhaltung besteht.⁹ Unbekanntheit, Geheimhaltungswillen und objektiv anerkanntes Interesse lassen eine Geheimsphäre entstehen, die als eines der Individualrechte den Schutz von Art. 28 ZGB genießt.¹⁰

b. Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse im besonderen

Im Rahmen kommerzieller FuE-Verträge sind in erster Linie Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse von Interesse.¹¹ Sie genießen denn auch einen über den allgemeinen hinausgehenden

⁸ PROBST, S. 42.

⁹ Diese Meinung darf heute als die herrschende bezeichnet werden, nachdem lange umstritten war, ob nicht der Wille allein oder das Interesse allein zur Entstehung eines Geheimnisses im Rechtssinn genüge (sog. Willens- und Interessentheorie). Nach richtiger Ansicht bedarf es dazu des Willens und des Interesses, VON BUEREN, UWG, S. 155 f.; BAUMBACH - HEFERMEHL, S. 1254 N. 2. Auch das Bundesgericht hat sich zu dieser Ansicht bekannt (BGE 80 II 27).

¹⁰ BGE 97 II 100.

¹¹ In Deutschland und Oesterreich ist der Begriff "Betriebsgeheimnis" gebräuchlich. In der Literatur wird zunehmend der umfassendere Begriff "Unternehmensgeheimnis" verwendet. Vgl. aber DRUEY, S. 136.

speziellen Schutz. Auf eine Abgrenzung zwischen Fabrikationsgeheimnissen einerseits und Geschäftsgeheimnissen andererseits kann hier verzichtet werden, da sie rechtlich gleich zu behandeln sind.¹² Das spezifische Merkmal des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses ist seine Beziehung zu einer Unternehmung. Dies gilt allerdings nicht ohne Einschränkung. So kann der Konsulent, der kein Unternehmen betreibt, gleichwohl ein schützenswertes Interesse an wirtschaftlich verwertbaren Geheimnissen haben.¹³

Im folgenden sollen die vier Begriffsmerkmale

- Exklusivität
- Geheimhaltungswille
- Objektiv berechtigtes Interesse
- Beziehung zu einem Unternehmen

im einzelnen erläutert werden, soweit dies für das Verständnis des Geheimnisschutzes im Bereich von FuE notwendig erscheint.

aa. Exklusivität

Die geheimzuhaltende Tatsache oder Erkenntnis darf nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sein. Wird ein Geheimnis beliebigem fremdem Zugriff preisgegeben, wird es *offenkundig* und damit zerstört. Auf die Anzahl der Eingeweihten an sich kommt es nicht an, sie kann möglicherweise gross sein; entscheidend ist vielmehr, dass diese das Geheimnis so bewahren, dass Unbefugte

¹² Eine Abgrenzung erweist sich als schwierig, weshalb die meisten Autoren sich mit einer exemplifikativen Aufzählung begnügen. DRUEY, S. 133-136; TREADWELL, S. 26; VON BUEREN, UWG, S. 157.

¹³ Vgl. DRUEY, S. 136.

dessen Inhalt nicht oder doch nur unter erheblichem Aufwand und Mühe erfahren können.¹⁴ Das Geheimgehaltene braucht nichts Neues zu sein, es genügt, dass es andern Mitbewerbern unbekannt ist.¹⁵ Verschiedene können auch das gleiche Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis besitzen.¹⁶ Verrat wirkt nicht notwendigerweise geheimniszerstörend. Solange das Geheimnis nicht beliebigem Zugriff freisteht und eine Verwertung durch Mitbewerber verhindert werden kann, bleibt es bestehen. Die Zahl der Mitwisser ist belanglos; entscheidend ist, dass Unbefugte das Geheimgehaltene nicht erfahren können.¹⁷

Die Veröffentlichung von Teilen eines Geheimnisses, die dessen Kern nicht erkennen lässt, zerstört es nicht. Selbst eine umfassende Veröffentlichung führt nicht zur Offenkundigkeit, wenn sie an einem weit entfernten, nur schwer zugänglichen Ort erfolgt ist. Dies dürfte beispielsweise aus schweizerischer Sicht für eine Publikation in einer unbedeutenden Zeitschrift in China zutreffen.¹⁸ Verbesserte Kommunikationsmöglichkeiten und der weltweite Informationsaustausch lassen allerdings erwarten, dass Veröffentlichungen generell immer seltener nur lokal beachtet werden.

14 Das Bundesgericht hat in BGE 80 IV 28 ausgeführt, dass auch nicht allgemein zugängliche oder offenkundige Kenntnisse, in deren Besitz andere nur durch eigene Forschungsarbeit gelangen können, als geheim gelten. Was leicht herausgefunden werden kann, ist allerdings kein Geheimnis, VON BUEREN, UWG, S. 156.

15 BGE 77 II 269.

16 Näheres dazu bei PROBST, S. 59 ff., der sich insbesondere damit auseinandersetzt, unter welchen Voraussetzungen eine einst offenkundige Tatsache wieder geheim werden kann.

17 BAUMBACH - HEFERMEHL, S. 1255.

18 PROBST, S. 61.

Auf dem Markt erscheinende Produkte lassen all das offenkundig werden, was ein Fachmann durch sachverständige Prüfung und Analyse erfahren kann. Dies gilt auch für komplizierte Maschinen, zu deren Herstellung grosse FuE-Arbeiten nötig sind.¹⁹

Die Exklusivität, nicht die geheimgehaltene Tatsache ist das eigentlich zu schützende Gut.²⁰ Dies lässt der in Art. 1 Abs. 2 lit. g UWG²¹ gewährte Schutz vor unlauterer Kenntnisverwertung erkennen, wonach auch durch Verrat offenkundig gewordene Geheimnisse vor Verwertung geschützt sind. Wäre das Geheimnis selber Schutzobjekt, hätte sich der Gesetzgeber auf den Schutz vor Verrat beschränken können, weil dieses - einmal offenkundig - ohnehin zugrundegeht.

bb. Geheimhaltungswille

Erst der Wille, eine unbekannte Tatsache geheimzuhalten, lässt ein Geheimnis entstehen, wobei dieser nicht ausdrücklich bekundet werden muss. Es genügt, wenn der Geheimhaltungswille für die Eingeweihten erkennbar ist. Dies kann sich durch konkludente Handlung oder auch aus den Umständen ergeben.²² Bei FuE-Arbeiten im kommerziellen Bereich wird ein Geheimhaltungswille regelmässig zu vermuten sein, da im Geschäftsleben FuE-Ergebnisse nach allgemeiner Erfahrung zur Geheimhaltung bestimmt sind. Als Folge davon muss eine unbekannte Tatsache unter Umständen geheimgehalten werden, die jener, um dessenwillen sie

19 "Wer seine Erzeugnisse auf den Markt bringt, offenbart die darin enthaltenen Geheimlehren", VON BUEREN, UWG, S. 156.

20 Einlässig DRUEY, S. 125-128.

21 Vgl. auch Art. 13 lit. g UWG und Art. 162 StGB.

22 PROBST, S. 74, führt eine Reihe von Handlungen an, die auf einen Geheimhaltungswillen schliessen lassen.

geheim bleiben soll, noch gar nicht kennt. Dies trifft bei FuE-Verträgen häufig zu. So hat der FuE-Nehmer eine dem FuE-Geber zustehende Erfindung geheimzuhalten, von deren Existenz dieser noch gar nichts weiss.

cc. Objektiv berechtigtes Interesse

Ein Geheimnis wird rechtlich erst relevant, wenn an dessen Geheimhaltung ein objektiv berechtigtes Interesse besteht. Welches Interesse objektiv berechtigt ist, ist eine Wertungsfrage, die nur mit Blick auf die gesamte Gesellschaftsordnung beantwortet werden kann. Entsprechend deren stetem Wandel ändern auch die herrschenden Wertvorstellungen. Gegenwärtig zeichnet sich eher die Tendenz ab, die Geheimsphäre weitgehend zu schützen. Dies gilt auch für Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, und insbesondere für den FuE-Bereich.²³ Es lässt sich allerdings nicht verkennen, dass verschiedene Autoren - wohl zu Unrecht - diese Strömung kritisieren.²⁴

Der Kern ihrer Kritik ist die zwar richtige Feststellung, dass die Geheimhaltung den gesamten Innovationsprozess verlangsamt und zu Monopolsituationen führen kann. Diese unerwünschten Folgen sind freilich mit der Geheimhaltung verbunden. Die Nachteile einer weitgehenden Beschränkung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisschutzes wiegen aber schwerer. Der kommerziellen FuE liegt immer die Hoffnung zugrunde, sich dank Tüchtigkeit Wettbewerbsvorteile zu erschaffen, was nur möglich ist, wenn die Konkurrenz die FuE-Ergebnisse nicht erfährt. Beraubt man die Wirtschaft dieser Möglichkeit, geht ihr ein wesentliches Motiv

23 Nach DRUEY, S. 123 f., gehört die FuE-Tätigkeit unabhängig von allenfalls damit verbundenen geschäftlichen Werten zum rechtlich geschützten Geheimbereich der Unternehmung.

24 MAASS, S. 103 ff. und dort zit. Autoren.

für die innovatorische Tätigkeit verloren. Damit würde der Innovationsprozess aber wesentlich stärker beeinträchtigt, als dies durch die Geheimhaltung der Fall ist.

Aehnliches gilt für die Monopolbildung, die in der Marktwirtschaft an sich unerwünscht ist. Dank intensiver FuE kann eine Unternehmung in einem Marktsegment eine so starke Stellung erlangen, dass eine Monopolsituation entsteht, weil ihre überlegenen Erzeugnisse die Mitbewerber vom Markt verdrängen. Die dazu notwendigen beträchtlichen Mittel werden jedoch nur in die FuE investiert, solange sich die Unternehmung dadurch einen Wettbewerbsvorsprung verspricht, wozu die Geheimhaltung Voraussetzung ist. Durch den Wegfall des Geheimnisschutzes würden die Unternehmen am meisten betroffen, die überdurchschnittlich viel zur technischen Neuerung beitragen, was sich auf diese nachteilig auswirken würde. Die an sich unerwünschten Monopolsituationen erscheinen als "Unkosten des Systems".²⁵

Wenn eine Unternehmung aber durch die FuE-Tätigkeit einen Wettbewerbsvorsprung erlangen können soll - was marktwirtschaftlich notwendige Voraussetzung für FuE ist -²⁶ muss die Ausschliesslichkeit durch Geheimhaltung gewährleistet sein. Daraus folgt unmittelbar, dass ein objektiv berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung für all das anzuerkennen ist, was eine Unternehmung im Zusammenhang mit FuE geheimhalten will. Der Richter darf sich deshalb von der Pflicht entbunden fühlen, im Einzelfall abzuklären, ob ein objektiv berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Es ist im Bereich der FuE generell vorhanden.

25 DRUEY, S. 124.

26 Vgl. SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, S. 167.

dd. Beziehung zu einem Unternehmen

Grundsätzlich kann von einem Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis nur die Rede sein, wenn unbekanntes Wissen im Interesse einer Unternehmung geheimgehalten wird. Dies gilt jedoch nicht ohne Einschränkung. So kann etwa auch Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis sein, was im Interesse eines unabhängigen Forschers geheimgehalten wird, der keine Unternehmung führt.

Nicht Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis kann jedoch sein, was lediglich in privatem Interesse geheimgehalten wird. Vielmehr müssen diese wirtschaftlich verwertbar sein.²⁷

C. Faktische Schwierigkeiten der Geheimhaltung

Da Geheimnisse - auch Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse - rechtlich generell nicht geschützt sind, ist die Geheimhaltung vor allem auch ein faktisches Problem. Es gilt zu verhindern, dass Unbefugte die Geheimnisse erfahren oder Eingeweihte unberechtigt aus dem Anvertrauten Nutzen ziehen.

Im Bereich der FuE sind besonders zwei Phänomene erkennbar, die die Geheimhaltung erschweren.

a. Diffusion des Wissens

Jede FuE-Tätigkeit ist zugleich ein Lernprozess für die damit Befassten. Das aktuelle durch FuE erworbene Wissen vermischt sich und verbindet sich mit dem früher aufgebauten Fundus zu einem neuen Ganzen, dessen einzelne Teile ihrer Herkunft nach nicht mehr unterschieden werden können. Es ist unvermeidlich, dass ein Forscher neuerworbene Kenntnisse mit bekannten in

²⁷ Vgl. VON BUEREN, UWG, S. 156.

Verbindung bringt.²⁸ Geheimwissen ist deshalb oft an der Entwicklung und Verwertung einer Idee beteiligt, ohne dass dessen Bedeutung bewiesen werden könnte. Besondere Bedeutung erlangt das Problem, bei Personen oder Unternehmen, die ihre Fähigkeiten verschiedenen Vertragspartnern zur Verfügung stellen, weil oft von den gleichen Forschern für Verschiedene auf ähnlichen Gebieten geforscht wird.²⁹ Die Erfahrungen aus der Arbeit an einem Projekt gehen so automatisch in neue Projekte ein. Dies kann praktisch nur ausgeschlossen werden, wenn sich der FuE-Nehmer verpflichtet, keine weiteren Arbeiten auf einem ähnlichen Gebiet auszuführen. Solche Klauseln finden sich häufig in Verträgen mit Konsulenten, oft allerdings verbunden mit einer zeitlichen Begrenzung des Verbotes.

FuE-Institute dagegen können sich normalerweise nicht dazu verpflichten, weil sie sonst in ihrer Tätigkeit zu stark eingeschränkt würden. Wer mit einem FuE-Institut einen Vertrag abschliesst, muss sich im klaren sein, dass ein wesentlicher Teil der bei der Durchführung seiner FuE-Arbeiten gewonnenen Erkenntnisse andern zugute kommen kann, andererseits zieht jeder Vertragspartner seinerseits Nutzen aus vorangegangenen FuE-Projekten.

b. Personalfluktuation

Die Geheimhaltung wird zusätzlich erschwert durch die an sich erwünschte Mobilität besonders der Wissenschaftler.

Mit jedem Stellenwechsel gelangen Kenntnisse aus einem und über ein Unternehmen in die Aussenwelt; für in der FuE-Beschäftigte

28 Vgl. REICHWEIN, SJZ 66 1970, S. 1 ff.

29 So z.B. spezialisierte Vertragsforschungsinstitute.

gilt dies in besonderem Masse. Damit wächst die Wahrscheinlichkeit, dass Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse verraten oder ausgehöhlt werden. Während der Verrat in gewissen Fällen festgestellt werden kann, insbesondere wenn bedeutende Geheimnisse davon betroffen worden sind,³⁰ geht das Aushöhlen meist unmerklich vor sich. Dies ist etwa der Fall, wenn nur gewisse Einzelheiten, die den Bestand der Geheimnisse nicht gefährden, bei einem Stellenwechsel aus dem Unternehmen getragen werden. Nach und nach kann das ganze Geheimnis, gewissermassen in seine Bestandteile zerlegt, nach aussen gelangen. Oft wird es dann möglich sein, von Teilen auf das Ganze zu schliessen.

D. Geheimnis und absolute Ausschlussrechte

Das Recht auf Geheimnis kann als ein *unvollkommenes Ausschlussrecht*³¹ bezeichnet werden zur Unterscheidung von den absoluten Ausschlussrechten wie etwa dem Patentrecht. Während dieses gegenüber jedermann und bedingungslos geltend gemacht werden kann, wirkt jenes nur unter bestimmten Voraussetzungen.³²

Einmal kann dem Dritten, der ein geheimes Wissen unabhängig erworben hat, dessen Verwertung nicht verwehrt werden. Im Gegensatz dazu kann das absolute Ausschlussrecht - mit gewissen Einschränkungen³³ - jedem entgegengehalten werden, auch dem, der sich das Wissen selbst erarbeitet hat.

Sodann ist ein Geheimnis nur solange geschützt, als es nicht

30 Vgl. etwa BGE 80 IV 31.

31 Zum Begriff "unvollkommenes Ausschlussrecht", MAASS, S. 110.

32 Vgl. DRUEY, S. 128.

33 Vgl. BLUM / PEDRAZZINI II, S. 383 ff.

offenkundig geworden ist. was nach aussen bekanntgegeben wird, so etwa durch Angebote, die Lieferung von Produkten oder durch Veröffentlichungen, steht jedermann zur Verwertung frei.

Der Schutz des Geheimnisses wirkt wesentlich schwächer als der durch die absoluten Ausschlussrechte gewährte, weshalb beide sinnvoll nebeneinander bestehen können. Die teilweise vertretene Auffassung,³⁴ der Geheimnisschutz sprengt den vom Gesetzgeber gewollten *numerus clausus* von absoluten Ausschlussrechten, ist abzulehnen. Wohl existiert für den Exklusivitätsschutz ein *numerus clausus* von Spezialtatbeständen,³⁵ aber wie DRUEY richtig bemerkt, "muss das Geheimnis als die Umgrenzung eines derartigen Spezialtatbestandes betrachtet werden."³⁶

D. Vertraglicher Geheimnisschutz

a. Allgemeines

Die Geheimhaltungspflicht aller Parteien ergibt sich aus der Natur des *kommerziellen* FuE-Vertrages und bedarf deshalb nicht unbedingt einer besonderen Abrede.³⁷ Geheimzuhalten ist grundsätzlich alles, was sich als geheimnisfähig erweist, also sowohl das im Laufe der vertraglich vereinbarten FuE-Tätigkeit erarbeitete Wissen, als auch die zur Vertragsdurchführung vermittelten Informationen, die einer Partei schon vor dem Vertrags-

³⁴ NEBEL, S. 122.

³⁵ TROLLER I, S. 60.

³⁶ DRUEY, S. 128.

³⁷ Vgl. MAASS, S. 139.

abschluss bekannt waren.

Für die im Laufe der vertraglich vereinbarten FuE-Tätigkeit erarbeiteten Erkenntnisse folgt die Pflicht zur Geheimhaltung unmittelbar aus der Funktion des FuE-Vertrages. Der mindestens einer Partei zu verschaffende Wettbewerbsvorsprung kann nur gewährleistet werden, wenn die FuE-Ergebnisse geheim gehalten werden. Die Geheimhaltungspflicht ist demnach Voraussetzung für ein sinnvolles Bestehen eines kommerziellen FuE-Vertrages. Ueberdies ist die Geheimhaltungspflicht auch ein Ausfluss der "Treue, die sich Kontrahenten allgemein schulden".³⁸ Der regelmässige Informationsaustausch zwischen FuE-Geber und FuE-Nehmer, im Rahmen dessen beidseitig Kenntnisse vermittelt werden, die über das bearbeitete FuE-Projekt hinaus Bedeutung haben, setzt das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses voraus. Diejenige Partei, die die andere in ihre Geheimnisse einweicht, um damit das Erreichen des angestrebten Erfolgs zu erleichtern, darf berechtigterweise darauf vertrauen, dass das Anvertraute weder anders als zur Erfüllung des Vertrages verwendet noch Dritten mitgeteilt werde.

Die Verwertungsbefugnis des FuE-Gebers umfasst grundsätzlich alle für ihn erarbeiteten FuE-Ergebnisse einschliesslich all dessen, was deren Verständnis und Anwendung erleichtert. Geheimzuhalten sind entsprechend die Kenntnisse, die der FuE-Geber im Rahmen eines Informationsaustausches erhält und die weder dem Verständnis noch der Verwertung der vertraglichen FuE-Ergebnisse dienen. Insbesondere hat der FuE-Geber - soweit der FuE-Nehmer daran interessiert ist - die Art der Ergebnisfindung geheimzuhalten, also etwa Organisationsschema, Netzpläne oder bestimmte originelle Methoden der Projektbearbeitung, die zum Know-How des FuE-Nehmers gehören.

38 BGE 77 II 263; "Strassenhobel-Fall".

Wird die Geheimhaltungspflicht von einer Partei oder ihren Hilfspersonen³⁹ verletzt, haftet diese der andern für den dadurch entstandenen Schaden nach den Regeln des Art. 97 ff. OR. Die Haftung für Verletzungen der Geheimhaltungspflicht für Hilfspersonen wird mitunter als zu streng empfunden. Es sind deshalb Vereinbarungen anzutreffen, die die Haftung ausschliessen für den Fall, dass die Vertragspartei das betreffende Personal unterschriftlich zur Geheimhaltung verpflichtet hat.⁴⁰ Das Risiko einer Geheimnisverletzung trägt somit die an der Geheimhaltung interessierte Partei. Dieses Ergebnis vermag nicht in allen Teilen zu befriedigen, weil im allgemeinen diejenige Partei das Risiko tragen soll, die das Schadensereignis am besten verhindern kann. Das kann jedoch diejenige Partei, die ihre Angestellten und Subunternehmer auswählt und nicht der Vertragspartner, der darauf keinen Einfluss nehmen kann.

Die Durchsetzung eines vertraglichen Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR ist für den Geschädigten einfacher als ein allenfalls mögliches Vorgehen gestützt auf ausservertragliche Haftgründe, weil in jenem Fall nur die Geheimnisverletzung und der dadurch bewirkte Schaden, in diesem jedoch auch das Verschulden bewiesen werden muss.

39 So haftet beispielsweise ein Hochschulprofessor, der sich zur Uebernahme bestimmter FuE-Arbeiten verpflichtet hat, für Geheimnisverletzungen seiner Doktoranden, die mit der Durchführung der Arbeiten betraut werden.

Soweit Dritten eine Geheimhaltungspflicht überbunden worden ist (für Angestellte ergibt sich eine solche aus Art. 321 a OR), kann die schadenersatzpflichtige Partei auf den Verletzer zurückgreifen. Oft wird dieser jedoch die Schadenssumme nicht aufbringen können, so dass der die Geheimnisverletzung zu verantwortende Vertragspartner wenigstens einen Teil des Schadens selbst zu tragen hat.

40 Vgl. SCHNEEBERGER, S. 53.

b. Besonderheiten bei Tochter- oder Einmanngesellschaften

Grundsätzlich stehen Rechte und Pflichten aus dem FuE-Vertrag nur den Vertragsschliessenden zu, während Dritte daraus weder berechtigt noch verpflichtet werden.

Dieser Grundsatz wird allerdings eingeschränkt, wenn es sich bei den Dritten um Tochter- oder Einmanngesellschaften⁴¹ von Vertragskontrahenten handelt, die mit diesen eine wirtschaftliche Einheit bilden. Die vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannte⁴² rechtliche Selbständigkeit einer Tochtergesellschaft ist dann unbeachtlich, wenn die Berufung darauf Treu und Glauben widerspricht.⁴³

Denkbar ist, dass Spezialisten einer Tochtergesellschaft der einen Partei zur Lösung eines Problems der andern Partei Geheimnisse anvertrauen. Verletzt diese ihre Geheimhaltungspflicht, wird die nicht am Vertrag beteiligte Tochtergesellschaft unmittelbar geschädigt, während die Muttergesellschaft nur mittelbar davon betroffen ist. Es stellt sich nun die Frage, ob der Muttergesellschaft mit dem Hinweis auf die wirtschaftliche Einheit ein vertraglicher Schadenersatzanspruch zusteht. Lehre und

41 Als Tochter- oder Einmanngesellschaften werden solche bezeichnet, die von einer andern Gesellschaft resp. einem Alleinaktionär vollständig beherrscht werden. Da die Verhältnisse bei Tochter- und Einmanngesellschaften gleich liegen, ist im folgenden nur mehr der Fall der für FuE-Verträge wichtigeren Tochtergesellschaft dargestellt. Für die Einmanngesellschaft haben die dargelegten Ueberlegungen uneingeschränkt dieselbe Gültigkeit.

42 BGE 97 IV 16, 92 II 164, 72 II 76.

43 Das Bundesgericht hat in Bezug auf eine Einmanngesellschaft in BGE 71 II 272 ausgeführt: "Deshalb ist in einem solchen Fall anzunehmen, dass deren rechtliche Selbständigkeit nach bestimmten Richtungen unbeachtet bleiben müsse, so in Bezug auf die rechtlichen Beziehungen des Gründers, des einzigen Aktionärs (der Muttergesellschaft) zu Dritten, wenn das der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr erfordert."

Rechtssprechung verweigern der beherrschenden Gesellschaft das Recht, sich auf die wirtschaftliche Einheit zu berufen, da sich diese bei der von ihr gewählten Unternehmensstruktur behaften lassen müssen.⁴⁴ Ob dieser Ansicht zu folgen ist, erscheint fraglich, insbesondere falls die Tochtergesellschaft nach aussen als solche auftritt.

Ein Unternehmen hat sich wohl grundsätzlich bei der von ihm gewählten Organisationsform behaften zu lassen und die damit verbundenen Vor- und Nachteile in Kauf zu nehmen, weil dies die Rechtssicherheit erfordert. Daraus abzuleiten, dass ein Unternehmen sich wegen der von ihm gewählten Struktur eine widerrechtliche Schädigung hinnehmen müsse, ist nicht gerechtfertigt. Wenn in einem solchen Fall die Berufung auf die wirtschaftliche Einheit zugelassen wird, ist die Rechtssicherheit nicht notwendigerweise beeinträchtigt. Der loyale Geschäftspartner kann sich auf die Gliederung eines Unternehmens in rechtlich selbständige Teile verlassen. Der unredliche soll jedoch nicht in der Weise begünstigt werden, dass er sich möglicherweise der Haftung unter Hinweis auf die rechtliche Selbständigkeit entziehen kann. Ein Unternehmen hat die sich aus einer bestimmten Organisation ergebenden Nachteile nur soweit zu tragen, als sie Folge eines redlichen Verhaltens sind, bei unredlichem Verhalten nur soweit Drittinteressen beeinträchtigt sind.

44 HOMBURGER, Zum Durchgriff im schweiz. Gesellschaftsrecht, SJZ 1971, S. 249 ff., MERZ, N. 290 zu Art. 2 ZGB. Das Bundesgericht führte für den Fall des Alleinaktionärs einer Einmanngesellschaft aus, dass dieser "sich die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft entgegenhalten und eine widerrechtliche Verletzung des Gesellschaftsvermögens als Schädigung fremden Vermögens zurechnen lassen müsse". Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht lediglich in einem einzigen Fall (BGE 84 IV 122) dem Beherrschenden die Berufung auf die wirtschaftliche Einheit erlaubt.

Lehnt man die Berufung auf die wirtschaftliche Einheit ab, ist die geschädigte Tochtergesellschaft für die Durchsetzung ihrer Ansprüche auf ausservertragliche Haftungsnormen angewiesen und hat deshalb das Verschulden des Schädigers zu beweisen.

c. Vertragliche Beschränkung der Geheimhaltungspflicht

Auch in FuE-Verträgen zu kommerziellen Zwecken wird die Geheimhaltungspflicht bisweilen eingeschränkt, indem meist der FuE-Nehmer teilweise von ihr entbunden ist. Dies ist eine Folge davon, dass hochqualifizierte Fachkräfte, die oft eine wissenschaftliche Laufbahn anstreben, sich nur anwerben lassen, falls ihnen ein - mindestens beschränktes - Recht auf Veröffentlichung zugestanden wird. Der FuE-Nehmer, der einem Angestellten ein solches Recht gewährt, kann sich folglich nicht zu einer absoluten Geheimhaltung verpflichten. In der Praxis wird dann meist eine Vereinbarung getroffen, wonach dem FuE-Nehmer ein Veröffentlichungsrecht eingeräumt wird, wobei dem FuE-Geber in aller Regel das zur Veröffentlichung Bestimmte zur Genehmigung vorgelegt werden muss und dieser den Zeitpunkt der Veröffentlichung allenfalls hinausschieben kann. Dies hat den Zweck, dass der FuE-Geber erstens die Publikation inhaltlich beschränken kann, dass ihm zweitens genügend Zeit für eine allfällige Patentanmeldung bleibt und dass er drittens die Kenntnisse marktmässig verwerten kann, was ihm einen zeitlich befristeten Wettbewerbsvorsprung verschafft. Das Genehmigungsrecht ermöglicht es dem FuE-Geber, sein Interesse an der kommerziellen Verwertung zu wahren, wobei er allerdings auf das vertraglich anerkannte Interesse an der Veröffentlichung Rücksicht zu nehmen hat. Vom Recht, die Veröffentlichung inhaltlich zu beschränken, darf wohl nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn diese die Verwertung ganz erheblich beeinträchtigt; denn eine lückenhafte Veröffentlichung ist oft wertlos. Einfacher liegen die Verhältnisse, wo es lediglich darum geht, den Zeitpunkt der Veröffentlichung hinauszuzögern.

schieben. So ist beispielsweise die Vereinbarung einer Frist möglich, über die hinaus die Veröffentlichung nicht geschoben werden kann. Im Falle einer Patentanmeldung lässt sich die dafür benötigte Zeit ohnehin verhältnismässig gut abschätzen. Die Bestimmung der Frist, die der FuE-Geber braucht, um die FuE-Resultate marktmässig zu verwerten, ist dagegen schwieriger und kann im Einzelfall nur unter Berücksichtigung aller technischen und betrieblichen Gegebenheiten erfolgen.

F. Ausserververtraglicher Geheimnisschutz

Verschiedene allgemeine zivil - und strafrechtliche⁴⁵ Rechtsnormen dienen dem Schutz gegen rechtswidrigen Erwerb geheimer Kenntnisse und Geheimnisverletzung. Die zivilrechtlichen Normen werden im folgenden erläuternd erwähnt, dagegen scheint eine eingehende Darstellung entbehrlich, weil der vertragliche Geheimnisschutz für FuE-Verträge von weitaus grösserer Bedeutung ist. Das Ausweichen auf ausserververtragliche Geheimnisschutznormen wird im allgemeinen nur sinnvoll sein, wenn die Vertragspartei, die Hilfspersonen zugezogen hat, sich das Entstehen für deren Geheimnisverletzung wegbedungen hat.

a. Verletzung der Geheimsphäre

Art. 28 ZGB schützt die Geheimsphäre des Einzelnen als Teil des umfassenden Rechts auf Achtung der Persönlichkeit.⁴⁶ Dieser

45 Solche sind etwa Art. 13 ff. UWG, Art. 162, Art. 179-179 sexties, Art. 273 StGB. Vgl. auch SCHNEEBERGER, S. 52, N. 77e betreffend behördliche Geheimhaltung.

46 TUOR / SCHNYDER, S. 83.

Schutz erstreckt sich nebst den natürlichen auch auf die juristischen Personen⁴⁷ und selbst auf Personenverbände ohne Rechtspersönlichkeit, denen das Recht, als Einheit zu handeln, zuerkannt wird.⁴⁸ Die Ausdehnung des Geheimsphärenschutzes nach Art. 28 ZGB auf den wirtschaftlichen Bereich ist jedoch nicht unbestritten.⁴⁹ Wie DRUEY überzeugend nachgewiesen hat, in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Meinung, umfasst der in Art. 28 ZGB gewährte Schutz auch die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse,⁵⁰ wobei der Anspruch auf Beseitigung der Störung und in speziellen Fällen auf Schadenersatz und Genugtuung geht.

b. Unlauterer Wettbewerb

Der Eingeweihte verrät Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse vielfach nicht aus eigenem Antrieb, sondern er wird von jemandem dazu verleitet, der ein Interesse an diesen hat. Der Verleitende ist daher regelmässig die wirtschaftlich stärkere Partei und oft selber an der Verwertung interessiert. Die Verleitung zum Geheimnisverrat qualifiziert sich nach Art. 1 Abs. 2 lit. f UWG, die Verwertung oder Weiterverbreitung unredlich erlangter Kenntnisse nach Art. 1 Abs. 2 lit. g UWG als unlauterer Wettbewerb.⁵¹ Letzteres ist allerdings für FuE-Verträge atypisch, denn die Kenntnisse werden regelmässig redlich

47 BGE 64 II 169; vgl. DRUEY, S. 89 ff. und dort zitierte Literatur.

48 DRUEY, S. 93.

49 Befürwortend: DRUEY, S. 113-121; ablehnend: MAASS, S. 110, NEBEL, S. 122.

50 DRUEY, S. 113-128.

51 Vgl. VON BUEREN, S. 154 ff.

erlangt, lediglich deren Verwertung ist unzulässig. Gemäss Art. 2 UWG können daraus verschiedene Ansprüche entstehen, im Falle des Verschuldens insbesondere ein Anspruch auf Schadenersatz.

II. Konkurrenzverbot

Die Wettbewerbsbeschränkungen und insbesondere das Konkurrenzverbot stärken die Stellung des geschützten Unternehmens im Wettbewerb.¹ Auf anderm Wege wird das gleiche Ziel wie mit der Geheimhaltung angestrebt. Konkurrenzverbot und Geheimhaltungspflicht können sich ergänzen, sich teilweise überschneiden und können auch einzeln bestehen, da sie sich nicht gegenseitig bedingen.² Diese verbessert die Wettbewerbsstellung faktisch gegenüber allen, jedoch nur soweit die geheimgehaltenen Informationen die Konkurrenzsituation beeinflussen, jenes schliesst nur einen oder einzelne vom Wettbewerb aus, diese jedoch vollständig, ungeachtet der angewandten Methoden. Die Geheimhaltung ist besonders wichtig, wenn bestimmte Informationen einen grossen Wettbewerbsvorteil verschaffen; das Konkurrenzverbot dagegen dann, wenn die Gefahr besteht, dass einer oder einzelne Vertragspartner bedeutende Mitbewerber werden könnten. Ueberdies hat das Konkurrenzverbot gegenüber der Geheimhaltungspflicht den grossen Vorteil, dass eine Verletzung verhältnismässig leicht festgestellt werden kann.

1 Vgl. HAEFLIGER, S. 11 f.

2 So kann beispielsweise der FuE-Nehmer in Wettbewerb zum FuE-Geber treten, ohne diesem zustehende FuE-Ergebnisse zu verwerten, umgekehrt aber auch diese preisgeben oder verwerten, ohne mit jenem zu konkurrieren. Vgl. auch BGE 80 IV 29.

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot kann durch Vereinbarung begründet werden oder aufgrund von Treu und Glauben bestehen.

A. Vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes ist unbestritten. Es ist allerdings dann unerlaubt, wenn es die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten übermässig einschränkt.³ Das Uebermass wird an den gleichen Kriterien gemessen wie beim arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot (Art. 340 a II OR)⁴ doch wird nicht der gleich strenge Massstab angelegt,⁵ weshalb auch recht einschneidende Konkurrenzverbote zulässig sind.⁶ Ein Konkurrenzverbot, das den FuE-Nehmer an der Aufnahme einer konkurrierenden Tätigkeit hindert, die im Zusammenhang mit den vertraglichen FuE-Arbeiten steht, wird wohl in der Regel nicht als übermässig gelten.

Dessen Bestand ist allerdings an die Voraussetzung geknüpft, dass der FuE-Geber daran ein Interesse hat. Fällt dieses weg, so fällt auch das Konkurrenzverbot dahin.

3 Vgl. BGE 95 II 57.

4 HAEFLIGER, S. 28.

5 KUTTLER, S. 49.

6 Vgl. etwa den Fall BGE 50 II 481.

B. Aus Treu und Glauben sich ergebendes Konkurrenzverbot

Im allgemeinen werden die Interessen beider Parteien durch die Pflicht zur Geheimhaltung der Kenntnisse, die der andern Partei zustehen, genug geschützt, so dass in der Regel ein nachvertragliches Konkurrenzverbot aufgrund eines besondern Treueverhältnisses nicht anzunehmen ist. Ausnahmsweise, etwa wenn aufgrund der Lizenzerteilung und allfälliger anderer Pflichten das Vertragsverhältnis mit verändertem Inhalt bestehen bleibt, kann es angemessen sein, aufgrund des andauernden Vertrauensverhältnisses ein Konkurrenzverbot anzunehmen.

SCHLAGWORTVERZEICHNIS

Die angegebenen Nummern entsprechen den Seitenzahlen

A

Arbeitserfolg	117ff., 174, 188, 198ff.
Aufklärungspflicht	
- im Vertragsverhandlungsverhältnis	164
Auflagen	
- beim FuE-Projektunterstützungsvertrag	121, 171
Auslagenersatz	112
Ausschlussrecht	
- absolutes	225f.
- unvollkommenes	225

B

Berater	44, 60
Betriebserfahrungen	132
Betriebsgeheimnis	217
Beweislast	
- bei Geheimnisverletzung im vorvertraglichen Verhältnis	167

C

Computerprogramme	132
Consulting-Engineering-Vertrag	58
Crashprogramm	27

D

Design	13
--------	----

E

Engineering	13, 58f.
Entschädigung aufgrund Widerrufs zur Unzeit	113f.

Entwicklung	6, 10, 11, 15, 19
- experimentelle	6
- Grundlagen-	12, 13
- Produkt-	12
Entwicklungsverträge	112
Erfolgsbeteiligung	200

F

Fabrikationsgeheimnis	132, 216ff., 233
Faktisches Vertragsverhältnis	142, 155ff.
Feasability study	38
Festpreis	188
Forschung	
- allgemein	6
- angewandte	10, 12, 19
- Grundlagen-	10ff., 15, 19, 34, 44, 112, 173
- reine	10
FuE-Geber	21
FuE-Gemeinschaft	46, 47
FuE-Nehmer	21

G

Garantieversprechen	158ff.
Geheimnisverletzung	
- durch Hilfspersonen	228
- im Vertragsverhandlungsverhältnis	165f.
Geheimsphäre	217, 221, 232f.
Geistiges Eigentum	177ff., 184
Generalunkosten	193ff.
Gesellschaftsverhältnis	122
Geschäftsführung	
- beim FuE-Partnerschaftsvertrag	125
Geschäftsgeheimnis	216ff., 232
Gestaltungsklagerecht	209, 211f.
Gestaltungsrecht	208, 213
Grundleistung	171f.

H

Haftung	
- für den Arbeitserfolg	118
- für Hilfspersonen	168, 228
- für sorgfältiges Arbeiten	111f.
- für Unterakkordanten	176f.
Hauptleistung	129f.
- des FuE-Gebers	186ff.
- des FuE-Nehmers	171ff.

I

Immaterialgüter	
- als Gesellschafterbeitrag	124
- Verwertungsbefugnis nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnis	124
Infotmationspflicht	205
Informationsschutz	162
Ingenieurvertrag	58

K

Kalkulationsirrtum	190
Know-How-Vertrag	53f.
Konkurrenzverbot	
- allgemein	234ff.
- übermässiges	235
Konstruktionsauftrag	58
Konsulent	44, 60
Konventionalstrafe	33, 159
Kündigungsfrist	207
Kündigungstermin	207

L

Lizenzen	131f.
- entgeltliche	131
- unentgeltliche	131

M

Meistbegünstigungsklauseln	182f.
----------------------------	-------

Mitwirkungspflicht	123, 202f.
- bei FuE-Partnerschaften	123, 141
- des FuE-Gebens im FuE-Projektvertrag	38

N

Nachbesserungsrecht	154
Nebenleistung	130
- des FuE-Gebens	202ff.
- des FuE-Nehmers	171ff.

O

Obliegenheiten	202f.
----------------	-------

P

Parallelstrategie	30f., 34
Patentlizenzvertrag	56
Patentrecherchen	174
Preiserhöhung wegen ausserordentlicher Umstände	189
Programmlizenzvertrag	55
Projektierungsvertrag	57
Projektleitung bei FuE-Partnerschaften	125f.
Prototypen	59, 179f.

R

Rechte an FuE-Ergebnissen	109, 177ff.
- beim Auftrag	109f.
- beim FuE-Beratungsvertrag	45f.
- beim FuE-Partnerschaftsvertrag	47
- beim FuE-Projektunterstützungsvertrag	121
- beim FuE-Projektvertrag	39
- beim FuE-Vertrag auf Zeit	42f.
Risiko	14, 19, 30, 188, 201
Risikobeteiligung	123
Risikoüberwälzung	33
Risikoverminderung	30
Risikoverteilung	32, 187, 195ff.
- beim Auftrag	108ff., 112
- beim Werkvertrag	118

S

Schadenersatz	
- wegen Handelns wider Treu und Glauben im vorvertraglichen Verhältnis	167
Schutz	
- vor Information	162, 166
- vor unbefugter Verwertung geheimer Kenntnisse	216
Selbstkosten	193
Sorgfaltspflicht des FuE-Nehmers	173f.
Spezifikationen	
- Abweichungen	174
- Änderungen nach Vertragsschluss	175
Spin-off-Firma	29
Synergieeffekt	35

T

Teuerungsausgleichsklauseln	191
Treuepflicht im gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnis	139, 205
Typenmerkmale	51

U

Unmöglichkeit	16
- absolute	146, 149f.
- objektive	145ff.
- relative	147, 150
- subjektive	145
Unsicherheit	14f., 30, 112, 144, 153, 172, 188
Unterlizenzen	133f.
Unternehmensgeheimnis	217
Unvermögen	145, 147
Unwirksamkeit eines Vertrages	154f.

V

Vergütung nach Aufwand	41
Veröffentlichungspflicht	180

Veröffentlichungsrecht	231
Versuchsanlagen	59
Vertrag	
- atypischer	106f., 128f.
- sui generis	128
- typischer	106f., 128f.
- unwirksamer	154f.
Vertragsauflösung	119, 213
Vertragsteil	151
Vertragstypenrecht	106f., 128f.
Vertragsverhandlungen	160f.
Vertrauliche Informationen	165f.
Verwertungsbefugnis von FuE-Ergebnissen	227
- bei FuE-Partnerschaften	125
- nach Auflösung von FuE-Partnerschaften	126f.

W

Wandelungsrecht	154
Weisungsbefugnis des FuE-Gebers	45
Weiterentwicklungen	182
Werk	117
Widerruf zur Unzeit	114
Widerrufsrecht	
- beidseitiges im Auftrag	112
- Entschädigung bei dessen Ausübung	113f.
- beim FuE-Beratungsvertrag	115
- beim FuE-Projektvertrag	115
- beim FuE-Vertrag auf Zeit	115

Z

Zielgewinn	196
Zielkosten	196

Ich bin am 9. November 1950 in Wädenswil geboren. Dort besuchte ich die Primarschule und trat anschliessend ins Gymnasium in Zürich ein. Nach bestandener Matura immatrikulierte ich mich an der Universität Zürich. 1972 bestand ich die Vorprüfung an der ökonomischen Abteilung. 1974 promovierte ich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät zum Lizentiaten. Meine Studienzeit war durch zahlreiche Militärdienstleistungen unterbrochen. 1978 wurde ich zum Hauptmann befördert.

